

THÈSE DE
PARIS.
1884
N^o. 18.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'INFAMIE
EN
DROIT ROMAIN
DES
NOMS DE PERSONNES
EN
DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT
présentée et soutenue le 24 janvier 1884

PAR
EUGÈNE BOUVY
AVOCAT, LICENCIÉ ÈS-LETTRES



PARIS
ERNEST THORIN, LIBRAIRE-ÉDITEUR
7, RUE DE MÉDICIS, 7
1884

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'INFAMIE

EN

DROIT ROMAIN

DES

NOMS DE PERSONNES

EN

DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le jeudi 24 janvier 1884, à neuf heures

PAR

EUGÈNE BOUVY

AVOCAT, LICENCIÉ ÈS-LETTRES

Président :

M. BUFNOIR

Suffragants

MM. GÉRARDIN

JALABERT

RIPERT

MICHEL (Léon)

Professeurs.

Agrégés.



PARIS

ERNEST THORIN, LIBRAIRE-ÉDITEUR

7, RUE DE MÉDICIS, 7

1884



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE L'INFAMIE

DE L'INFAMIE

Aucune définition n'existe de l'infamie. CALLISTRATE la met au nombre des atteintes portées à *l'existimatio*, et il définit cette dernière : *dignitatis inlaesae status legibus ac moribus comprobatus* (5, D. 50, 13).

L'existimatio, qui correspond à l'ἐπίτιμα des Athéniens, renferme quelque chose de plus que l'expression moderne d' « *honorabilité* ». Chez nous, l'honneur civique est le couronnement de la capacité : c'est grâce à lui que les facultés individuelles s'exercent, que le citoyen en possession de ses droits les met en œuvre, et prend véritablement part à la vie sociale, tant publique que privée. Dans le droit classique des républiques anciennes, *l'existimatio* forme partie intégrante de la capacité ; celui qui la perd, en tout ou en partie, n'a plus la plénitude de ses droits : il subit une véritable déchéance. Chez nous la perte de l'honneur peut amener *en fait* la perte d'une prérogative, d'une situation avantageuse : le législateur intervient rarement et ne prononce que des incapacités isolées, celle du failli, par exemple ; à Rome, en Grèce, les déchéances sont *de droit*. Ici, c'est surtout une question d'opinion, de moralité publique : là-bas, c'est une question de légalité.

Intimement liée au *status civilis*, l'*existimatio* ne lui survit pas : une peine capitale, une peine enlevant au condamné la liberté ou la cité l'anéantit (*consumitur*). Mais l'*existimatio* subit aussi des altérations propres, qui se produisent en dehors de la perte du *status* (*minuitur*). Parmi les peines non capitales, les unes frappent la personne physique ou les biens du condamné, les autres atteignent sa personne morale, son honneur : *circa statum dignitatis poena plectimur*.

Telle est l'infamie. Mais Callistrate énumère un assez grand nombre d'*existimationis minutiones* qu'il faut mentionner tout d'abord.

Ces peines peuvent être prononcées seules, ou conjointement avec l'infamie; de là une combinaison parfois assez compliquée entre les effets de l'une et de l'autre. L'*existimatio* est diminuée, d'après le fragment ci dessus :

1^o *Quum relegatur quis*. — On sait ce qu'est la *relegatio*. Elle consiste dans l'assignation d'un lieu de résidence obligatoire, ordinairement une île, ou dans l'interdiction de séjourner en certain lieu, ville ou province. Elle diffère sensiblement d'une pénalité analogue : la *deportatio*. Celle-ci est toujours perpétuelle; l'autre est souvent prononcée à temps (2, D. 48, 22). La *deportatio*, transformation de l'antique « *aquae et ignis interdictio* » anéantit le droit de cité : *adimit civitatem romanam* (6, D. h. t.); l'*existimatio* du déporté n'est pas seulement diminuée, mais éteinte (*consumpta*); le *relegatus* au contraire, *civitatem retinet, et testamenti factionem non amittit* (7, 3, D. h. t.).

Quel est donc l'effet de l'*existimationis minutio* qui le frappe ?

Tant que dure la peine, le *relegatus* est privé de l'exercice des droits publics; bien plus, son temps d'exil expiré, il n'est pas réintégré de plein droit dans ses dignités : *in ordinem allegi sine permissu Principis non posse* :

il faut que le prince lui rende les fonctions qu'il a perdues. (2, pr ; 13, pr. D. 50, 2).

Notons pourtant une exception. Le décurion, sa relégation finie, recouvre aussitôt sa qualité ; mais si aucun poste n'est libre, il est forcé d'attendre, pour reprendre ses fonctions, qu'une vacance se produise (2, pr. D. 50, 2). — GORDIEN confirme cette solution et décide que le décurion ne sera point admis à d'autres honneurs, avant qu'il ne se soit écoulé un temps égal à la durée de sa *relegatio* (2, C. 10, 59).

2° *Quum ordine movetur, quum prohibetur honoribus publicis fungi*. — Ulpien emploie aussi les mots de *dignitatis depositio, alicujus actus prohibitio* (8, D. 48, 19). Toutes ces expressions se réfèrent à une interdiction des « honores », qui forment un des attributs du *jus civitatis*. L'interdiction peut être générale ; dans ce cas, elle laisse encore subsister une fonction, bien plus onéreuse, il est vrai, qu'honorifique, celle de décurion (7, 21, D. 48, 22 ; 2, pr. D. 50, 2). Elle peut être spéciale ; c'est notamment l'exclusion du sénat (2, D. 1, 9), l'interdiction perpétuelle ou temporaire des fonctions d'avocat (9, D. 48, 19). Il est à remarquer que l'interdiction d'un honneur entraîne nécessairement celle de toutes les dignités d'un ordre plus élevé : les dignités inférieures sont seules conservées (7, 22, D. 48, 22).

La perte des *honores*, on le verra, résulte déjà par elle-même de l'infamie : en pareil cas, comme cette dernière, elle est nécessairement perpétuelle (5, D. 50, 2). Mais elle peut être prononcée principalement : il n'y a alors aucune raison pour qu'elle entraîne l'infamie. Pourtant une constitution d'ANTONIN semble affirmer le contraire : « *Quibus ordini suo... ad tempus interdicetur, post impletum temporis spatium non prorogabitur infamia* » (1, C. 10, 59). Antonin, limitant la durée de l'in-

famie à la durée de l'interdiction des *honores*, paraît ne pas mettre en doute que l'infamie n'existe réellement. Notre avis est pourtant qu'il n'y a pas d'infamie encourue dans l'espèce. Il ne faut pas traduire ici le mot *infamia* par infamie dans le sens technique. Antonin désigne par ce mot — d'une signification très élastique, on le verra bientôt, — le déshonneur attaché à l'interdiction des dignités, rien de plus. Il déclare que, à l'expiration de la peine, immédiatement le condamné rentre dans ses droits, et que pour cela, — à la différence de ce qui se passe en cas de *relegatio*, — il n'a pas besoin d'une restitution spéciale de l'empereur. Cette interprétation n'est pas arbitraire; elle est faite par ULPEN, qui cite la constitution d'Antonin, déclare formellement d'après elle, que le condamné peut, *completo tempore nihilo minus fungi honore vel officio*,... et en donne le motif :... *neque enim exageranda fuit sententia quae MODUM interdictioni fecerat* (3, 1, D. 50, 2).

3° *Quum plebeius fustibus caeditur*. — La loi Porcia (300 de Rome), confirmée sur la proposition de C. Gracchus (658) par la loi Sempronia, défendait de battre de verges un citoyen romain et de le mettre à mort. L'éloquente sortie de Cicéron contre Verrès à l'occasion du supplice de Gavius (Verr. II, *De suppliciis*, 61 à 67) montre que le privilège du « *civis romanus* » n'était pas un vain mot. Pourtant, sous l'empire, les verges furent fréquemment infligées aux personnes de basse condition. Cette peine semble entraîner l'inaptitude à certaines fonctions inférieures, comme celle de décurion. Les « *humiles* » ne sont guère admis aux emplois supérieurs. Elle peut être prononcée conjointement avec l'infamie : mais il faut sur les deux points une condamnation formelle. Le *fustibus caesus* n'est point, par ce seul fait, rangé au nombre des infâmes (23, D. 3, 2).

4^o *vel in opus publicum datur*. — Une pareille peine, à la différence de celle des mines (*metalla, opus metalli*) n'est point capitale quand elle est prononcée à temps. Une constitution spéciale (6, C. 2, 12) déclare que, sa peine expirée, le *damnatus* reste noté d'infamie.

5^o *Vel quum in eam causam incidit quae edicto perpetuo INFAMIAE causa enumeratur*.

L'infamie clôt la liste, comme la plus importante de toutes ces *minutiones*. De très-bonne heure, à Rome, on découvre la trace de déchéances attachées à certaines flétrissures morales. Il en existe avant Cicéron, il en subsiste en droit classique, sous Justinien. Des variations nombreuses ont dû s'opérer dans la législation; mais, faute de documents suffisants, déchéances, flétrissures et variations sont mal connues. L'histoire si intéressante de la notion d'infamie est pleine d'incertitudes. C'est à l'époque classique, époque où l'institution paraît arrivée à son entier développement, qu'il faut demander une connaissance un peu complète de ce sujet : c'est à ce moment qu'on peut le mieux en observer les causes et en pénétrer les effets. Mais, pour entreprendre avec fruit un pareil travail, il sera nécessaire de recueillir tout d'abord le peu qui reste des origines de l'infamie et de sa notion, en faisant l'exposition critique des divers systèmes proposés pour les expliquer. Nous essaierons ensuite une analyse des causes et des effets de cette institution en droit classique, en y rapportant accessoirement les dispositions du droit antérieur ou postérieur.

Voici la division de cette étude :

CHAPITRE I^{er}. — Notion et origine de l'Infamie.

CHAPITRE II. — Droit classique. — Causes de l'Infamie.

CHAPITRE III. — Droit classique. — Effets de l'Infamie.

Un appendice sera consacré à l'examen de ce que les textes appellent l'*infamia facti*.

CHAPITRE PREMIER

NOTION ET ORIGINE DE L'INFAMIE

D'une richesse presque excessive quand il s'agit d'énumérer les personnes infâmes, les textes sont d'une sobriété désespérante sur la nature même de l'institution. Le digeste parle *de his qui notantur infamia* (D. 3, 2), le code *ex quibus causis infamia irrogatur* (C. 2, 12), et *de infamibus* (C. 10, 57); les effets de l'infamie qui subsistent sous Justinien sont disséminés un peu partout dans des titres étrangers à la matière. Quant aux origines de la notion, il n'en est pas question. Quelques lignes prises çà et là dans les auteurs classiques ou dans les monuments du vieux droit jettent seules sur ce point une lumière imparfaite. Faut-il s'en étonner ?

Le digeste, rédigé plus de huit siècles après l'époque où apparaissent les premières traces de l'infamie, n'avait qu'un but : donner la législation telle qu'elle était au temps de Justinien. Or, sous ce prince, l'infamie est loin d'avoir conservé sa physionomie primitive : le « *notatus* » dont parle cet empereur n'est déjà plus celui de l'époque classique, lequel diffère entièrement du *notatus* dont parlent Cicéron et la table d'Héraclée. Il est permis de croire qu'au V^e siècle, les historiens et les jurisconsultes n'a-

vaient déjà plus, sur le passé de l'institution dont ils traitent, des connaissances bien certaines.

Reconstituer dans leur ordre historique ces modifications successives serait nécessaire pour acquérir une notion complète de l'infamie : or, quelques constitutions impériales sont seules datées ; on possède de l'Edit du prêteur concernant les infâmes, le texte original et un remaniement qui n'est probablement pas le seul (*Fr. Vatic.*, 320) ; quant aux édits qui précéderent l'Edit perpétuel, quant aux origines, qui forment le point de départ nécessaire de cette recherche historique, loin d'être fixé sur les questions d'époque, on a fort peu de renseignements sur les dispositions concernant le droit lui-même.

Pour procéder en cette matière ardue avec quelque méthode, nous allons relever d'abord touchant l'infamie quelques traits certains, incontestés :

1^o Il y eut, dès les premiers siècles de la république, des flétrissures ou marques ignominieuses entraînant des déchéances pour ceux qui en étaient frappés.

2^o La flétrissure semble de tout temps avoir été personnelle : elle ne se transmet ni par la parenté, ni par l'hérédité (26, D. 48, 19). — V. exception unique : 5, 1, C. 9, 8.

3^o Bien que la déchéance soit certainement de droit répressif, — son caractère personnel le démontre, — pour l'encourir, une condamnation n'est pas absolument nécessaire. Sans doute il est des cas où elle ne frappe que *mediatement*, par l'effet d'une condamnation à laquelle la déchéance est attachée ; mais l'infamie est très-souvent *immediata* : elle frappe le coupable dès l'instant même du délit : c'est ainsi que la profession de *leno*, ou encore celle de comédien,

a de tout temps entraîné par elle-même des déchéances certaines (TIT. LIV. VII, 2). Ce fait incontestable, qui forme le point de départ d'une division consacrée des causes de l'infamie, mérite d'être noté. Un des traits les plus curieux du droit criminel de Rome ancienne s'y révèle. La loi, pour certains faits répréhensibles établit une peine, et elle n'établit pas de juge pour la prononcer ; ou pour mieux dire, le magistrat la prononce en même temps qu'il l'applique, souverainement, sans poursuite, sans procès, sans appel. L'infamie n'est même pas la seule peine de ce genre. Celui qui viole une *lex sacrata*, l'*homo sacer* devient tel par le fait même de son crime. En dehors de tout jugement sa tête est mise à prix : « *si quis eum qui plebiscito sacer sit, occiderit*, — dit une loi tribunitienne, — *parricida ne sit*. » (FESTUS, v^o *Sacer*). Toute personne peut le frapper, et en excipant de la condition de sa victime, elle est absoute. (1)

Ce procédé sommaire en apparence ne doit point être jugé d'après les idées modernes. On sait de quel respect Rome entoura primitivement la liberté individuelle : si cette dernière a pu s'acclimater avec de pareilles institutions, c'est qu'assurément elles n'étaient pas sans présenter certaines garanties. Pour les *leges sacratae*, quand ce sont des lois politiques (TIT. LIV. III, 55 ; VII, 41) faites en vue de situations exceptionnelles, la gravité du but en explique la sévérité. Dans les autres cas, (lex XII tab., tab. 8) il reste toujours au magistrat le pouvoir de punir l'homicide si la *lex sacrata* est mal à propos invoquée. — Pour l'infamie, moins graves de conséquences, mais aussi plus facilement encourue, l'examen des causes d'*infamia* montrera que, quand elle ne résulte pas d'un jugement, elle s'appuie ou sur un fait constaté judiciairement, —

(1) VON IHERING : *L'Esprit du droit Romain*, t. I, p. 280 s.

ce qui est tout différent, — ou bien sur un fait notoire, une profession par exemple. Même dans ce dernier cas, on le voit, une garantie importante subsiste : c'est l'*opinion publique*, c'est le peuple qui prononce par l'organe des magistrats, et ces derniers, dont les fonctions sont électives et temporaires, qui sont responsables devant le peuple, devront hésiter à se mettre en opposition avec lui.

4° En droit classique, la note d'infamie est perpétuelle.

5° Divers textes se référant au droit classique (13, C. 2, 12 — 27, C. 3, 28), opposent à l'infamie de droit, dont les causes et les effets sont législativement déterminés, une *infamia facti*, terme collectif embrassant diverses situations plus ou moins caractérisées. Ces textes, par leur laconisme, laissent croire que l'*infamia facti* fut une incapacité *de convention*, frappant *ordinairement* telle ou telle personne dans tel ou tel de ses droits : ce serait comme une extension de l'infamie légale opérée par la coutume à des cas où cette dernière n'était pas encourue.

6° Dernière observation : en droit classique, l'infamie produit deux effets principaux, qu'il faut noter dès maintenant : 1° elle entraîne pour l'infâme l'incapacité de postuler en justice pour autrui, tantôt absolument, tantôt avec une restriction en faveur de certaines personnes : parents, alliés, affranchis ; 2° elle lui enlève sa capacité politique ; sous l'empire, cette capacité se réduit au *jus honorum*.

Tels sont les points certains qu'il était nécessaire de rappeler avant d'aborder l'origine de l'infamie. Sur cette grave question, les avis sont partagés, et il est à craindre que, vu l'insuffisance des documents, une solution *définitive* ne se fasse encore longtemps attendre. Les opinions, malgré quelques nuances, peuvent se ramener à deux principales : l'une fait de l'infamie une institution factice, une création du pouvoir législatif ; l'autre y voit, comme en tant d'autres parties du droit romain, une institution traditionnelle, qui

est née, qui s'est développée dans la coutume, et n'a reçu des magistrats que d'assez récentes modifications.

Tel est l'aspect actuel de la controverse. Les anciens commentateurs, moins préoccupés de la question historique, ou bien ne la soulevaient pas (VINNIUS, *Partition. lib. 3, cap. 20*; VOET, *Comm. ad Pand., lib. 3, tit. 2*), ou bien restreignaient la discussion à ce seul point : y a-t-il eu à Rome une infamie unique produisant des effets multiples, ou deux infamies distinctes, différentes d'origine, de causes et d'effets ? Presque tous reconnaissaient une double infamie, l'une prétorienne (*infamia*), l'autre censoriale (*ignominia, nota censoria*). (V. notamment CUIAS, *comment. l. 111. D. liv. 45, tit. 16*). DONEAU soutenait l'opinion contraire (*Comm. jur. civ. l. 18, ch. 6 et s*). Plus spécialement étudiée en Allemagne, la question donna lieu à d'assez nombreuses monographies au XVIII^e siècle et au commencement du XIX^e. Aujourd'hui elle se résume en deux noms qui représentent chacun des deux systèmes : MAREZOLL (*Ueber die bürgerliche Ehre, ihre ganzliche Entziehung und theilweise Schmälerung, 1824*) (1) défend l'opinion ancienne de l'infamie création du préteur. SAVIGNY (*Traité de droit romain, t. 2, § 76 à 82*) a préconisé et magistralement exposé le système de l'institution traditionnelle (2).

L'exposition des deux systèmes a, chez tous les auteurs, un point de départ commun. Sous la république, le préteur et le censeur ont été amenés par la nature de leurs fonctions à s'occuper plus particulièrement des infâmes.

(1) Comp. HEPP, De la note d'infamie en droit romain, 1862.

(2) Comp. BURCHARDI : *de infamia ex disciplina Romanorum*. — *Grundzüge des Rechtssystems der Römer*, p. 279. — WALTER, Hist. du dr. criminel chez les Romains. n° 826. — KARLOWA, Pour servir à l'hist. de l'infamie, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. 9, p. 204 s. (1870). — WILLEMS, Droit public romain, p. 96 (Louvain 1874).

Préciser les pouvoirs de ces magistrats est donc nécessaire, si l'on veut connaître le fonctionnement primitif, l'origine de notre institution.

La préture fut détachée du consulat en 388 de Rome. Réservée primitivement aux patriciens qui perdaient le monopole de la dignité consulaire, elle est comme une image amoindrie, un dédoublement de cette dignité. Le consul avait l'*imperium*, tant militaire que judiciaire. Le préteur partage avec lui cette double attribution. Avec le temps, une répartition — je ne dis pas une séparation — de pouvoirs s'opère entre les deux magistratures. Le consul dirige de préférence les affaires politiques, et prend le commandement des armées. Le préteur, tout en conservant en droit la plénitude de son *imperium*, n'en use *en fait*, que partiellement. Sans doute, il a parfois des commandements militaires ; sans doute il exerce plus d'une fonction publique, telle que la présidence des comices (V. LABATUT, hist. de la préture, p. 94, s.), sans doute aussi cet *imperium* procurera à d'autres fonctionnaires du même nom, le gouvernement des provinces conquises. Mais le préteur le premier en rang et en date, le préteur de la ville, *praetor urbanus*, a pour principale fonction l'administration de la justice.

C'est en matière judiciaire qu'il exerce surtout son *imperium*. Là, ses pouvoirs, que les auteurs résument dans les expressions assez peu précises de *juridictio* et d'*imperium mixtum*, sont des plus étendus. Sans entrer dans l'analyse très délicate de ces fonctions judiciaires, montrons l'influence que le préteur peut exercer sur le droit et son application.

Il dirige les instances, assiste à toutes les phases de la procédure, moins une, celle où s'agit la question de

fait. Encore le voit-on parfois connaître extraordinairement du fait en même temps que du droit.

Il se trouve au début du procès pour accueillir ou repousser les parties, comme à son dénouement, pour prêter à la sentence l'appui de la force publique dont il est détenteur. Il pose le point de droit, le juge l'applique. Il « dit » le droit ; il fait plus : il le complète, il le corrige même.

Dans ce but, il a comme tous les anciens magistrats romains « l'Edit, » résumé de son interprétation qu'il publie en entrant en charge et qu'il doit appliquer ponctuellement. L'édit contient les formules des actions, les cas où ces formules sont délivrées ; il énumère les personnes à qui la délivrance en peut être faite. Notons ce dernier point.

La censure est aussi une magistrature détachée du consulat. Elle est créée en 341, principalement en vue de veiller au maintien des mœurs. Le censeur exerce son contrôle disciplinaire grâce à la rédaction des registres du cens, pour laquelle il jouit de pouvoir presque illimités. Sur ces registres figurent les noms de chaque citoyen, et les éléments propres à déterminer l'ordre auquel il appartient, sa classe, sa centurie, ainsi que sa tribu (Cic. *de legib.* III, 3). Deux ordres de modifications peuvent être apportées au rang et à la capacité politique d'un citoyen.

Le censeur enregistre d'abord les honneurs acquis et les déchéances encourues. Qu'un sénateur soit exclu du sénat, un chevalier de la cavalerie, qu'un citoyen, par suite d'une condamnation criminelle ou de toute autre cause, subisse un changement de classe ou de tribu, le censeur mentionne ce changement. Mais il fait plus. Il

a un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des capacités politiques : il peut infliger arbitrairement et *motu proprio* les déchéances qu'il avait tantôt à constater. CICÉRON (*pro Cluent.* 42 à 47) et VALÈRE MAXIME (II, 9) nous montrent des sénateurs privés de leur dignité, des chevaliers exclus de leur ordre, des citoyens rayés des centuries, et même des tribus (1), réduits à la condition d'*ærarii*, de gens qui ne votent pas, qui sont privés de toute capacité politique : et cela *par mesure arbitraire* du censeur. On voit aussi (*ibid*) que, quand le censeur juge une pareille déchéance trop sévère, il se contente de mettre en regard du nom du coupable une « *nota* » ou annotation déshonorante. Il mentionne que le « *notatus* » a commis tel délit, un vol, une concussion par exemple (*furti, captarum pecuniarum nomine notaverunt* : Cic. *ibid*).

Les pouvoirs du préteur et du censeur ainsi sommairement présentés, le problème consiste à y faire rentrer l'infamie, soit comme création de l'un de ces magistrats, soit comme application par eux faite d'une déchéance née de la coutume.

PREMIER SYSTÈME : L'INFAMIE CRÉATION DU MAGISTRAT

Si l'on suppose que l'infamie est une institution factice, pour la rattacher aux pouvoirs du censeur, c'est évidemment ou dans la *nota censoria*, ou dans la mutation arbitraire d'ordre ou de classe qu'il faut aller la chercher.

(1) C'est du moins l'opinion dominante. D'après M. BELOT (Hist. des cheval. rom. t I, p. 500 s), l'*ærarius* serait bien exclu des centuries, mais non des tribus. Le censeur n'aurait que le droit de le reléguer dans les dernières tribus, celles dont le vote n'est presque jamais nécessaire.

Rapprochons les effets de la *nota censoria* de ceux qui nous sont connus de l'infamie. L'infamie, en droit classique, entraîne une déchéance perpétuelle ; la *nota censoria* n'est, au contraire, — dit CICÉRON (*l. cit*) — qu'une appréciation personnelle du magistrat. *Nota censoris importat ruborem*, — ajoute-t-il, — la considération du coupable est atteinte, d'autant plus gravement que l'autorité morale du censeur est plus grande. Mais il insiste en même temps sur ce fait, que la tâche n'emporte aucune restriction à la capacité, soit politique, soit civile. Si donc on veut faire de la *nota* l'origine de l'infamie, il faudra montrer comment d'arbitraire la note est devenue légale, comment la flétrissure morale s'est changée en déchéance effective, comment d'essentiellement révocable et temporaire, elle est devenue perpétuelle. Or, cette démonstration est impossible. Les textes d'abord n'offrent pas la moindre trace d'une pareille évolution ; ensuite, la *nota censoria*, loin d'acquérir une sanction légale, n'a fait que décliner et perdre jusqu'à sa valeur morale, par suite des luttes politiques auxquelles les censeurs se trouvèrent mêlés vers la fin de la république, par suite de la décadence de l'institution censoriale, qui, comme on va le voir, avait déjà, au temps de Cicéron, perdu presque tout crédit.

La mutation d'ordre ou de classe, à la différence de la simple *nota*, est une véritable déchéance politique. Le censeur peut arbitrairement retirer à un sénateur ou à un chevalier ses dignités, il peut en reléguant un citoyen parmi les *ærarîi*, lui ôter en fait l'exercice du droit de suffrage. Faut-il y voir l'origine, la forme primitive de l'infamie ?

« Celui que frappe une condamnation infamante, — dit » CICÉRON, (*ibid*). — perd définitivement et pour toujours » honneurs et dignités : *turpi iudicio damnati in perpetuum* » *omni honore ac dignitate privantur*. » Qu'est-ce au

contraire que la déchéance infligée par le censeur ? Un acte arbitraire, grâce auquel ce magistrat espère trop souvent capter la faveur du peuple (*ventum popularem esse quæsitum*). La déchéance n'a rien de perpétuel ni d'irrévocable ; il n'est même pas besoin d'un décret du peuple pour la mettre à néant : le successeur, le propre collègue du censeur peut en neutraliser l'effet (*pro Cluent.* 47). — J'en conclus que l'arbitraire du censeur, qu'il inflige un simple déshonneur ou une déchéance, n'établit point l'infamie classique, l'*infamia juris*. Le mot d'*infamia* ne peut s'y appliquer que dans un sens général, usuel. Nous verrons plus tard s'il n'est pas possible d'y rattacher l'origine de la notion d'*infamia facti*.

Ces raisons paraissent généralement approuvées : c'est au préteur qu'on attribue aujourd'hui la création de l'infamie. Ses pouvoirs presque illimités lui donnent très certainement le droit de refuser l'action demandée dans tels cas et à telles personnes qu'il lui plaît. L'édit énumère (1, 1, D. 3, 1) trois catégories d'individus incapables d'obtenir cette action, ou, selon l'expression romaine, incapables de *postuler* :

Les premiers sont frappés d'une incapacité complète ; ce sont les mineurs de 17 ans, les sourds, les muets.

Les seconds peuvent postuler pour eux-mêmes, mais jamais pour autrui ; ce sont les femmes, et certains infâmes que les textes groupent sous le qualificatif de *turpitudine notabiles* (1, 5, D. 3, 1), (*condamnés judicio publico, muliebria passi, gladiateurs*).

Les troisièmes peuvent postuler pour eux-mêmes et pour certaines personnes limitativement désignées : parents, alliés, affranchis. Ce sont : 1° ceux qu'un décret du peuple, du sénat ou de l'empereur y soumet expressément ; 2° *alii*

omnes qui edicto prætoris UT INFAMES notantur. L'argument se tire de ce texte qui semble témoigner chez son rédacteur d'une intention particulière. Au lieu de dire simplement « les infâmes », l'édit embrasse « tous ceux que le préteur dans son édit déclare infâmes. » Une tendance analogue se manifeste dans deux textes : 5, 2, D. 50, 13 et 2, pr. D. 37, 15. Il semble, d'après cela, que ce soit le préteur qui ait institué l'infamie et qu'il en ait fait une restriction à la capacité de postuler. On ajoute, pour confirmer cette donnée, que la seule énumération formelle qui existe des infâmes est celle de l'édit, qu'elle a été faite (le voisinage des titres *de postulando* et *de his qui notantur infamia* le démontre), en vue de la *postulatio* en justice, laquelle relève essentiellement et uniquement des pouvoirs réglementaires du préteur.

Ce système soulève d'assez fortes objections :

1^o L'intention que l'on prête à l'édit d'attribuer au préteur la *création* de l'infamie n'est pas absolument certaine : les textes précités ne lui attribuent en réalité que la détermination des cas où elle s'encourt ;

2^o Admettant que le préteur ait seul fait cette détermination, — ce qui est douteux en présence d'une énumération analogue contenue dans la *lex Julia municipalis* (rendue en 709) (1), — on peut l'expliquer par cette raison que l'incapacité judiciaire est devenue l'effet le plus saillant de l'infamie au moment où l'édit perpétuel a été rédigé ;

3^o Examinant l'effet de l'institution ainsi réduit, il paraît mesquin, et peu en harmonie avec l'importance qu'y attachent les auteurs. En outre, l'effet de l'infamie n'a aucun rapport avec ses causes. On veut punir des criminels, des gens de mauvaise foi : comment supposer que ce soit dans le

(1) V. Table d'Héraclée, ch. 8.

droit de postuler pour autrui, droit tout accessoire, illusoire pour beaucoup d'infâmes, qu'on commence par les frapper ?

DEUXIÈME SYSTÈME : L'INFAMIE

INSTITUTION TRADITIONNELLE

Aucun argument décisif n'établit donc que l'infamie ait été *instituée* soit par le censeur, soit par le préteur. Aussi les auteurs se trouvent-ils tout naturellement amenés à lui prêter une autre origine, à y voir une institution traditionnelle, coutumière dans son principe, positive seulement dans ses applications.

Il est vrai, — et c'est, à notre avis, un vice de méthode, — que les partisans de cette seconde idée ne la démontrent pas isolément. Ils déclarent que l'infamie, institution traditionnelle, est une déchéance portant sur les droits publics, et ils donnent une démonstration unique de deux faits qui gagneraient peut-être à être prouvés séparément : 1^o l'origine, 2^o la notion de l'infamie. Cette confusion d'ailleurs s'explique par la pénurie des textes, la connexité des deux questions, et la difficulté d'exposer des matières où la critique historique n'a pas moins à s'exercer que l'interprétation et la science juridiques.

Nous allons rencontrer quelques nuances parmi les partisans du même système général.

SAVIGNY (l. c.) rattache franchement l'infamie à la capacité politique, et la déclare primitivement appliquée par le censeur. Outre la *nota censoria*, outre les déchéances arbitraires prononcées par ce magistrat, il existe une déchéance obligatoire que le censeur doit reconnaître et constater plutôt que prononcer. Cette déchéance, c'est la

perte des droits civiques, des *honores* et du *suffragium*, occasionnée par l'infamie. L'infâme est en quelque sorte frappé d'une *capitis deminutio media* ; mais cette *deminutio* laisse intacts les droits de cité se rattachant au droit privé (*commercium, connubium, testamenti factio*).

Nous devons une énumération rapide des arguments invoqués :

1^o Pour la perte des *honores*, c'est le texte connu de Cicéron : « *turpi iudicio damnati in perpetuum OMNI HONORE AC DIGNITATE privantur* » (*pro Cluent.* 42) ; c'est la qualification d'infâme donnée par un sénatusconsulte à un homme privé de tout droit aux honneurs : « *omni honore, quasi infamis.... carebit* » (1, pr. D. 48, 7) ; c'est la tradition, qui se perpétue jusque dans les constitutions impériales (2, C. 12, 1).

2^o Pour la perte du *suffragium*, c'est TITE LIVE (VII, 2), VALÈRE MAXIME (II, 4 § 4), et SAINT-AUGUSTIN (*de civ. Dei*, II, 13), s'accordant à déclarer que les comédiens (que nous verrons plus tard être infâmes), *tribu moventur*. Observons qu'au temps dont parlent ces auteurs, les comices par tribus ont absorbé toute la puissance législative, et qu'en être expulsé équivalait presque à perdre le *suffragium*. — Quant à la loi Julia (*Tab. Her.* ch. 8), qui, sans prononcer le mot d'« infâmes », donne cependant pour les municipes une énumération fort analogue à celle de l'édit, elle interdit les *honores* et ne touche pas au *suffragium* : on peut croire que cette différence entre les municipes et la métropole vient de ce que le suffrage jouait dans les premiers un rôle fort restreint, l'organisation générale partant toujours de Rome, où il avait au contraire une importance capitale. Il était naturel de maintenir le *suffragium* des infâmes là où il avait peu de valeur, et de le supprimer là où il touchait aux destinées de la république entière.

3^o Enfin on signale la persistance de nombreux textes à appliquer à l'infâme l'épithète de *capite minutus*, à faire d'une action infamante une véritable action capitale. (CIC. *pro Rose*, 6 ; *pro Quinctio*, 8, 13, 15, 22; TERTULLIEN, *de spectaculis*, 22)

Cette idée de *capitis deminutio* a été poussée par BURCHARDI (*Grundzüge des Rechtssystems der Römer*, p. 272) à ses dernières conséquences. Pour certains auteurs, les *honores* et le *suffragium* ne forment pas les seuls droits publics. Le *connubium*, le *commercium*, la *testamenti factio*, bien que leurs effets concernent avant tout la condition privée des individus, font, en tant que droits de cité, partie du *jus publicum*. Dès lors l'infâme, qui en vertu des textes ci-dessus est un *capite minutus*, perdrait la totalité de ces droits ; l'infamie équivaldrait, dans le principe, à une *capitis deminutio media* complète.

On le voit, la nuance qui sépare les deux auteurs porte moins sur la nature de l'infamie, en qui tous deux voient la perte des droits publics, que sur ce qu'il faut entendre par ces droits publics eux-mêmes. Les textes invoqués sont nombreux ; l'époque à laquelle il se rapportent est de beaucoup antérieure à celle de l'Edit perpétuel : c'est à l'organisation républicaine des comices par tribus qu'ils se rattachent. L'infamie déchéance politique semble donc antérieure de plusieurs siècles à l'infamie incapacité judiciaire.

Pourtant les partisans du premier système font à celui-ci une double objection.

D'abord, en ce qui concerne le *suffragium*, les textes invoqués sont beaucoup moins précis, moins concluants

que pour les *honores*. Il n'en est point qui retire à l'infâme le droit de suffrage dans des termes aussi formels que ceux-ci : « *in perpetuum... privantur*. » Ils établissent tout simplement que les comédiens « *tribu moventur*. » Or, en admettant que cette expression désigne l'exclusion *complète* des tribus, elle laisse entière la question de savoir si l'exclusion est perpétuelle et définitive, si elle résulte directement de la loi, ou si, au contraire, c'est un magistrat, le censeur, qui la prononce, et temporairement. Cette seconde alternative semble même résulter : 1^o du texte de SAINT-AUGUSTIN, cité plus haut, qui attribue au censeur l'initiative de la mesure prise contre les comédiens : « *id genus hominum non modo honore civium carere, sed etiam TRIBU MOVERI NOTATIONE CENSORIA voluerunt* » ; 2^o de la table d'Héraclée, qui interdit les *honores*, non le *suffragium*. — Quant aux termes de *capite minutus*, employés maintes fois à l'occasion de l'infâme, on remarque qu'ils le sont plutôt à titre de comparaison, dans un sens oratoire, comme dans ce passage de CICÉRON : « *illa judicia sunt summæ existimationis ET PÆNE DICAM capitis* » (*pro Rosc.* 6). L'observation en est faite par un jurisconsulte qui précise le sens juridique du mot : « *licet capitalis* LATINE LOQUENTIBUS (dans un sens usuel) *omnis causa existimationis videatur, tamen APPELLATIO capitalis* (dans un sens scientifique, juridique) *mortis vel amissionis civitatis intelligenda est* » (103, D. 50, 16). Et JUSTINIEN la confirme : les jugements entraînant l'infamie, — dit-il, — « *publica quidem sunt, NON TAMEN CAPITALIA* » (2, Inst. 4, 18).

La seconde objection est encore plus grave : je ne sache pas qu'on y ait répondu. Sans doute, dit-on, il est certain qu'en dehors de la *nota censoria*, l'*animadversio* du censeur a dû se manifester par certaines déchéances effectives. Cicéron et Valère Maxime ne permettent pas

d'en douter. Sans doute le censeur peut avoir eu à constater des changements de capacité résultant de condamnations capitales. Mais, qu'on le remarque bien, pas un seul texte n'emploie pour désigner l'une quelconque de ces déchéances le mot d'*infamia*. N'est-il pas étonnant qu'une institution juridique dont on présente l'incapacité politique comme l'effet essentiel, ne soit jamais nommée de son vrai nom par les auteurs qui en détaillent les effets ? N'est-il pas étrange qu'on ait même constaté chez eux une préférence non exclusive, mais marquée, pour qualifier cette déchéance d'*ignominia* ? Et dès lors ne peut-on pas admettre qu'il ait existé à Rome deux notes distinctes, une note censoriale (je prends ce mot dans son sens le plus général), portant sur la capacité politique : l'*ignominia* ; et une note prétorienne, portant sur la capacité de postuler, et répondant seule à l'idée et à l'expression romaines d'*infamia* ? Ces deux notes se seraient fondues assez tard en une seule, sous l'empire, quand l'autorité censoriale eut perdu son prestige, et quand la capacité politique ne fut plus qu'un vain mot.

L'objection est capitale : on ne conteste pas en effet les positions de la précédente théorie, on affirme seulement que les déchéances signalées ne constituent pas l'infamie.

En présence de deux systèmes opposés, soutenus par des autorités également fortes, l'hésitation est permise. Adopter l'une ou l'autre théorie, et reproduire les arguments invoqués serait peut-être le parti le plus prudent. Nous voulons pourtant consigner ici les quelques observations que nous a suggérées une étude patiente des deux systè-

mes, et essayer, avec une grande défiance de nous-mêmes, d'en tirer une conclusion.

La question de l'infamie, on a pu le voir, est intimement liée aux institutions romaines. Or, on peut, sans cesser d'être exact, présenter ces institutions sous des jours très différents.

La méthode suivie de part et d'autre a consisté à adopter, dans l'exposé de ces institutions, un point de vue exclusif, puis à y rattacher hypothétiquement l'infamie, en exagérant d'une part la portée des textes invoqués, en négligeant de l'autre certains textes qui ont cependant aussi leur valeur. En réalité, les deux systèmes sont plutôt différents qu'opposés; ils se combattent non par une réfutation directe des arguments adverses, — réfutation qui serait bien difficile, — mais par des arguments nouveaux.

Peut-être, en modifiant cette méthode, ne serait-il pas impossible de trouver une conciliation entre deux systèmes qui, dans leurs affirmations, contiennent également une grande part de vérité.

Nous avons remarqué que les partisans de l'infamie institution coutumière sont en même temps partisans de l'infamie institution politique : leur démonstration ne sépare pas les deux faits. Ne pourrait-on pas essayer de prouver isolément 1° le caractère traditionnel de l'infamie, 2° sa nature ?

I. — Le caractère traditionnel de l'infamie se démontrerait déjà par ce fait commun à toutes les législations criminelles, qu'il existe partout des déchéances soit civiles, soit politiques, qui frappent accessoirement, en dehors des pénalités prononcées, les personnes coupables de faits délictueux. Mais ce caractère de l'infamie romaine se prouve *a priori* par deux arguments :

1^o L'infamie est présentée par CALLISTRATE comme une atteinte portée à l'*existimatio*. Or l'*existimatio* est, — dit cet auteur, — « *dignitatis inlaesa status, legibus ac MORIBUS comprobatus*. » L'histoire démontre combien le sentiment de l'honneur était développé à Rome : que des déchéances aient sanctionné la perte de cet honneur, rien de plus naturel.

2^o La seconde raison, décisive à notre avis, est tirée du droit comparé. Si chez un peuple voisin de Rome, sorti également de la souche hindo-européenne, il se rencontre une institution analogue à celle de l'infamie ; n'y a-t-il pas toute raison d'attribuer aux deux institutions une commune et traditionnelle origine ? Or cette institution existe : la Grèce entière a connu l'*ἀτιμία*, mot dont le sens étymologique comme le sens pratique rend exactement celui d'*infamia*. L'analogie n'existe pas seulement dans les mots, elle se continue dans les choses. On possède sur l'*atimie* à Athènes des renseignements assez nombreux. Malgré des divergences que le temps et la diversité des institutions politiques devaient nécessairement amener, on retrouve dans les deux pénalités des traits de ressemblance tout à fait caractéristiques. Sans entreprendre ici un parallèle détaillé, nous remarquerons d'abord que les causes d'*atimie* présentent souvent une frappante analogie avec les causes d'infamie : on les rencontre l'une et l'autre comme sanction des lois fiscales (ANDOCIDE, *de mysteriis*, § 73 — 6, 1, Dig. 48,3) comme peine des délits commis par les militaires (ANDOC. ib. § 74 — 1, D. 3,2) ou les fonctionnaires, des délits de mœurs (*ἐταλῆσις* : ESCHINE, contre Timarque, § 29-30 — *lenocinium* : 1, D. 3, 2). Ensuite, toutes les deux sont perpétuelles (PLUTARQUE, vie de Solon, 19. — CIC. *pro Cluent.* 42) ; toutes les deux apportent une atteinte grave à la capacité politique : expulsion du sénat (DÉMOSTH. c. Timocrate, § 123. — CIC.

ibid.), perte des magistratures (ESCH. c. Timarque, § 21 — 2. D. 1, 22; 4, 1, D. 50, 7) ; interdiction des fonctions de juge (DÉM. contre Midias, § 182 — Cic. *pro Cluent.* 43) ; toutes les deux entraînent une restriction à la capacité judiciaire : il est défendu à ἀτιμος (DÉM. contre Théocri-nès, § 15 et 45) comme à l'infâme, (8, D, 48, 2; 15, C. 9, 1) de porter une accusation publique. Cette analogie n'a rien qui doive étonner. Rome a connu de très-bonne heure la législation athénienne, puisque, suivant la tradition, ses décemvirs seraient allés puiser dans les lois de Solon des éléments pour rédiger les douze Tables. Mais ce fait, plus ou moins historique, n'est pas nécessaire pour expliquer la ressemblance de l'atimie et de l'infamie : la communauté d'origine des peuples grec et romain l'explique suffisamment. S'il est vrai que l'infamie leur soit une institution commune, elle est bien loin d'être la seule.

Ainsi, ni le préteur, ni le censeur, ni aucun magistrat n'a créé l'infamie : il en a trouvé l'idée et les premières applications faites par la coutume. Il s'est contenté d'exécuter la loi, de l'augmenter, voire même de la corriger, suivant un texte célèbre, mais selon le but et dans les limites de ses attributions.

Il paraît donc certain que, quelle que soit sa nature, l'infamie est une institution traditionnelle. Faut-il en conclure avec SAVIGNY qu'elle constitue uniquement et exclusivement à l'origine une altération de la capacité politique ?

II. — Avant de répondre à cette question, interrogeons les textes classiques ; voici trois points qui paraissent incontestables :

PREMIER POINT. — A quelque effet de l'infamie qu'on accorde l'antériorité d'origine, incapacité judiciaire ou incapacité politique, l'une et l'autre étaient certainement connues longtemps avant l'époque du droit classique. Il y a même peu de présomption à les faire coexister dès la république au temps de Cicéron. Pour les déchéances politiques, le *pro Cluentio* ne laisse pas de doute. Pour l'incapacité de postuler, il est certain d'abord que le préteur avait le droit de la prononcer. Ensuite, VALÈRE MAXIME (VII, 7, 7) rapporte un trait qui montre que le préteur usait en effet de ce droit. C'était en l'an de Rome 680; un certain Vecilius, qui tenait une maison de prostitution, — profession infamante, — avait été institué héritier par un testament : il se présenta devant le préteur et demanda l'envoi en possession. Métellus répondit à sa requête en le chassant de son tribunal : « *fori ac lupanaris separandam conditionem existimavit.* » Ce fait contenait une aggravation des effets ordinaires de l'infamie : pour sauvegarder la dignité de son tribunal, le préteur interdisait à un infâme de postuler non pas seulement par autrui, mais même pour son propre compte. J'en tire deux conséquences importantes : d'abord les préoccupations qui faisaient écarter les infâmes du tribunal étaient déjà dans l'esprit du magistrat, et l'on voit qu'il en tirait de réelles applications. Ensuite, on peut constater par là que l'infamie prétorienne comme l'infamie censoriale présentait assez longtemps un caractère arbitraire que les partisans du premier système semblent avoir perdu de vue.

DEUXIÈME POINT. — Jusqu'à l'édit perpétuel, rien ne prouve que les mots *infamis*, *infamia*, aient eu un sens spécial, technique, réservé à notre institution. Tous les textes l'emploient dans le sens de déshonneur, d'infamie

au sens général (V. PLAUTE, *Pers.* 3.1.27; TÉRENCE, *Andr.* 2.6.13). CICÉRON lui-même, jusque dans ses œuvres politiques, ne lui donne pas de signification plus précise, quand il parle de ces « *judicia senatoria... insigni turpitudine notata, atque operla dedecore et INFAMIA* » (*Pro Cluent.*, 22). (V. aussi, 1^{re} catil., 4; *Tusculan.* 4. 20.)

TROISIÈME POINT. — Ces mêmes textes démontrent qu'il n'existe pas de terminologie fixe pour désigner les déchéances en question. Les mots *turpitude*, *dedecus*, *nota*, *notatio*, *flagitium*, *ignominia*, etc., et de nombreuses périphrases, sont employés tour à tour, quelquefois cumulativement, et avec la signification qu'ils ont dans la langue usuelle.

Qu'en conclure ?

D'abord, que l'idée définitive et unique d'infamie n'a dû s'être constituée que tard : on ne peut la faire remonter avec certitude au-delà d'un siècle avant l'Edit perpétuel. Cette idée unique s'est formée de deux branches distinctes de déchéances, les unes politiques, prononcées par le censeur, les autres judiciaires, prononcées par le préteur. Mais faut-il s'en tenir là ? Ne peut-on remonter plus avant dans les origines de l'institution ?

Plaçons-nous aux premiers siècles de Rome, avant que ni la censure, ni la préture ne fussent détachées du consulat. Plus que partout ailleurs, l'opinion publique prononçait déjà ses arrêts, ses flétrissures. Les criminels auxquels on épargnait la vie, les gens de mœurs équivoques étaient l'objet de la réprobation générale. N'était-il pas naturel qu'en fait, les honneurs ne fussent point

ouverts à de pareilles gens, que le peuple, qui nommait aux dignités, leur refusât ses suffrages, et cela à perpétuité, *in perpetuum* ? Que cette déchéance de fait, avec le temps, se soit transformée en coutume, en déchéance *de droit*, il n'est pas besoin pour cela d'imaginer l'intervention d'un magistrat quelconque.

Supposons que le consul, puis plus tard le préteur ou le censeur, tous élus par le peuple, tous responsables devant lui, ajoutent quelque aggravation à la condition de ces personnes, s'ils ont pour eux l'opinion publique, quelle réclamation peuvent-ils craindre ?

Le préteur rédige la liste des *judices*, qu'il doit choisir parmi les *honesti viri* : est-il étonnant qu'il n'y inscrive pas les gens mal famés ? Il préside les comices : il peut donc écarter du scrutin les *ararii* qui se présenteraient pour voter. Il a l'interprétation réglementaire des lois, la présidence des tribunaux, la police des audiences : qui l'empêche d'en éloigner ceux qu'il croit indignes d'y figurer ?

Le censeur rédige les tables du cens : c'est son devoir de consigner les changements survenus dans la condition politique des citoyens, par suite, d'enregistrer la perte qu'ils subissent de leurs dignités. Il est *magister morum* : c'est son droit de noter le fait auquel l'opinion attache sa réprobation (*nota censoria*) ; c'est son droit d'infliger *proprio motu* à un sénateur, à un chevalier, à un citoyen, une déchéance plus ou moins grave dans ses dignités ou dans sa capacité électorale. C'est son droit notamment, d'*in ararios referre*.

Jusqu'ici, toutes ces déchéances, soit prétoriennes, soit censoriales, sont des déchéances de fait. Elles ne valent que ce que vaut l'homme qui les a prononcées, elles ne

durent pas plus que lui. On peut les qualifier à juste titre d'*infamiae facti*.

On conçoit que l'arbitraire qui régnait dans les causes et dans la portée effective de ces déchéances ne pouvait se perpétuer indéfiniment : l'erreur ou la partialité du magistrat devait frapper plus d'un innocent. Il fallait ou supprimer les déchéances, ou fixer limitativement leurs effets et les cas où elles seraient encourues. Il fallait ou abolir l'infamie, ou de l'infamie de fait, faire une infamie de droit.

Le préteur suivit ce second parti. En donnant dans son édit les formules d'actions à délivrer, il prit l'habitude de spécifier aussi à qui il les délivrerait, à qui il les refuserait. Il désigna ainsi les incapables de postuler en justice, et fixa l'étendue de leur incapacité. Telle est l'origine de l'énumération des infâmes qui se trouve contenue dans l'édit.

Le censeur ne prit pas le même moyen : à l'inverse de celle du préteur, son autorité allait toujours décroissant. La censure partageait le sort de toutes les magistratures politiques à la fin de la république. Le blâme censorial (*nota*) perdait peu à peu sa valeur. On sait combien Cicéron en fait peu de cas. L'*in ærarios relatio* dut cesser d'être appliquée au début de l'empire, quant le droit de suffrage fut lui-même anéanti. Quant à la perte des dignités, nous l'avons présentée comme l'effet originaire et essentiel de l'infamie, comme résultant de la coutume, non d'une décision du magistrat. Aussi s'explique-t-on aisément qu'elle ait survécu aux déchéances censoriales et à la censure : à toute époque elle conserve ce caractère de perpétuité qu'elle semble avoir possédé dès sa première origine.

Cette explication conjecturale des origines de la notion d'infamie a l'avantage de concorder avec les textes, et de

les concilier ; elle éclaire aussi certaines parties obscures dans l'histoire de notre institution.

1^o Elle accorde et complète l'une par l'autre les deux solutions en conflit. Avec le premier système, elle reconnaît que le préteur a seul réglementé les cas d'infamie, qu'à côté de l'infamie prétorienne portant sur la capacité de postuler, il a existé une infamie censoriale, frappant la capacité politique. Au second, elle emprunte l'idée d'une infamie traditionnelle unique, d'où sortirent les déchéances aussi bien censoriales que prétoriennes, avant qu'elles ne se réunissent de nouveau en une seule, l'infamie du droit classique.

En mettant en tête des effets de l'infamie la perte des dignités et l'inaptitude à y parvenir, elle écarte l'objection faite aux uns de réduire pendant trop longtemps le rôle de l'infamie à une incapacité judiciaire insignifiante. En donnant aux déchéances prétoriennes et censoriales une commune origine, elle réfute l'objection faite aux autres de présenter les déchéances prétoriennes comme accessoires et très-récentes.

Quant à la perte du *suffragium*, l'admettre ou la rejeter comme conséquence de l'infamie n'influe pas sur le fond même de la solution admise. Sans doute, en dehors de la *nota censoria*, des déchéances arbitraires et passagères qu'il prononce, le censeur a dû maintes fois enregistrer la perte du *suffragium*, encourue pour une cause étrangère. Toute *maxima* ou *media capitis deminutio* entraîne la perte de ce droit : le censeur avait à en faire l'application au renouvellement du cens. Mais nous avons vu combien il est hasarde d'attribuer à l'infamie un effet identique à celui de la *capitis deminutio*. L'*in aerarios relatio* n'est présentée par aucun des fragments relatifs aux comédiens comme perpétuelle ; bien plus, aucun texte n'applique cette expression à l'infâme. On peut se demander

si la situation de celui-ci, quoique voisine de celle de l'*ærarius*, se confond avec elle, et s'il n'est pas préférable de rattacher uniquement la déchéance de l'*in ærarios relatio* aux pouvoirs arbitraires et transitoires du censeur. De toute façon, le droit de suffrage tomba dès le début de l'empire, alors que l'institution de l'*infamie de droit* n'était pas encore bien formée : la question, dès ce moment, perd tout intérêt.

2^o En admettant que l'infamie, tant prétorienne que censoriale, a été originairement une déchéance arbitraire, on a la raison de la distinction faite par les textes entre l'*infamia juris* et l'*infamia facti*. L'infamie de fait, arbitraire dans ses causes et dans ses effets, se serait perpétuée en dehors et à côté de l'infamie devenue une institution de droit ; elle l'aurait complétée. Certaines personnes non déclarées infâmes par l'édit, se trouvent pourtant dans une situation envisagée défavorablement par l'opinion publique. Certaines autres ont encouru l'infamie, mais par un stratagème que facilite le rigorisme de la procédure, elles ont réussi à éviter la tâche. Tels sont ceux qui, poursuivis et menacés d'une condamnation infamante, se sont fait représenter en justice ; en pareil cas, nous le verrons, l'infamie ne frappe personne, ni le représentant, ni le représenté (1; 4, 5; 6, 2, D. 3, 2). Le magistrat, plus tard l'empereur, écho de l'opinion, sans les priver formellement de leurs droits, prend l'habitude de leur en restreindre *en fait* l'exercice. Ces restrictions sont *nommées* à leur tour, passent dans le droit écrit (*turpes, humiles, viles*); mais on a soin de les distinguer de l'infamie proprement dite, en les groupant sous un terme collectif qui rappelle leur origine, le terme d'*infamia facti*. Nous retrouverons cette idée à la fin de notre étude.

3^o Enfin, par là s'explique le peu d'homogénéité qu'on rencontrera dans la législation de l'infamie de droit elle-

même. On sait déjà que l'édit distingue parmi les infâmes le simple *infamis* et le *turpitudine notabilis*, le premier moins sévèrement traité que le second. On verra plusieurs conséquences accessoires de l'infamie appliquées à certains infâmes, épargnées à d'autres. On verra la *famositas*, infamie primitive des femmes, se fondre peu à peu avec l'infamie de droit. Toutes ces distinctions, toutes ces décisions spéciales ne peuvent s'expliquer, si l'on n'admet pendant longtemps l'existence d'une infamie arbitraire, de causes et de conséquences variables, recueillies, non établies par le législateur.

CHAPITRE DEUXIÈME

DROIT CLASSIQUE — CAUSES DE L'INFAMIE

Ce n'est pas dans leur ordre historique que nous allons parcourir les causes d'infamie, très nombreuses, très diverses, parfois très délicates à analyser. Tant que des documents plus précis ne surgiront pas, la chose sera impossible. Après avoir considéré l'institution à son berceau, nous allons la prendre dans sa période de plein développement, en droit classique. C'est le seul moyen d'en acquérir une vue d'ensemble, exacte et complète. Dans une matière où une énumération est inévitable, il importe d'adopter une division qui reproduise autant que possible la physionomie, les traits caractéristiques de l'institution.

Cette division, adoptée par presque tous les auteurs, tire son principe des textes eux-mêmes. On la trouve indiquée dans les expressions de l'Edit (1, D. 3, 2) : « *Notatur qui [fecerit]... notatur qui damnatus erit* », expressions dans lesquelles le préteur semble vouloir opposer au cas où l'infamie est attachée à une condamnation, le cas où elle résulte, *ipso jure*, de tel ou tel fait. L'opposition est encore plus formelle au § 43, 12, D. 23, 2 : « ...FACTUM *lex*, non

SENTENTIAM *notat*. » Les commentateurs en ont tiré la division traditionnelle des causes d'infamie en *infamia mediata*, infamie ne frappant que médiatement, par l'intermédiaire nécessaire d'une condamnation, et en *infamia immediata*, infamie attachée à l'existence d'un fait, ou d'une série de faits, indépendamment de toute poursuite et de toute sentence judiciaire.

SECTION I. — INFAMIE ATTACHÉE A UNE CONDAMNATION

§ 1. — *Condamnation à la suite d'un délit privé.*

La distinction des délits en *privata* et *publica delicta* est capitale : les premiers ne lèsent qu'un intérêt particulier, les seconds atteignent directement la société. La *pœna* à laquelle peuvent donner lieu les premiers est une satisfaction donnée à l'intérêt privé ; elle s'obtient en suivant la procédure ordinaire devant la juridiction civile. Les seconds appellent une répression qui ne peut être prononcée que par une juridiction criminelle dont nous étudierons bientôt le fonctionnement. Parmi les actions pénales civiles, l'édit du préteur cite quatre actions infamantes : les *actiones furti, bonorum vi raptorum, injuriarum* et *de dolo malo*. Les trois premières correspondent aux trois délits civils dans lesquels l'intention coupable existe nécessairement. La quatrième est toujours infamante (11, D. 4, 3), que le dol soit contractuel, ou qu'il forme la circonstance aggravante d'un délit ne supposant pas nécessairement chez son auteur une intention coupable. Mais l'objet de notre paragraphe ne porte que sur cette seconde hypothèse.

Toutes les quatre ont *la fraude* pour principe com-

mun : c'est là le premier motif qui les a fait rendre infamantes. Ajoutons-y, — GAIUS (IV, 182) et JUSTINIEN (2, Inst. IV, 16) nous y autorisent, — la *temeritas litigandi* qui est la manifestation la plus évidente de la perversité du défendeur.

Toute autre action née d'un fait illicite (*ex turpi facto*) n'entraîne pas l'infamie, abstraction faite, bien entendu, d'une poursuite pour dol. Ainsi ne sont pas infamantes : les actions *servi corrupti*, *legis Aquiliae*, *quod metus causa*, les interdits, les *condictiones*, celles-là même qui, comme la *condictio furtiva*, sont basées sur un fait susceptible d'entraîner l'infamie, car l'objet de la *condictio* est essentiellement pécuniaire et nullement répressif (7, pr. D. 4, 2 ; 3, pr. D. 11, 3 ; 13, D. 43, 16 ; 19, D. 13, 1).

§ 2. — *Condamnation à la suite d'un* CRIMEN PUBLICUM.

Dans un sens large, *crimen publicum* désigne toute poursuite basée sur un délit criminel, par opposition à la poursuite des délits civils (*crimen privatum*). Dans un sens plus étroit et plus fréquent, on n'applique ce mot qu'à certains délits criminels, les délits *ordinaires*, par opposition à certains autres qui prennent le nom de délits *extraordinaires*.

Il exista en effet à Rome, en matière criminelle comme en matière civile une procédure de droit commun et une procédure *extra ordinem*. La procédure criminelle ordinaire a son origine dans l'institution des *questiones perpetuae*, qui restreinte d'abord à trois ou quatre chefs de délits, prit sous l'empire une extension si grande. La *questio* est une juridiction déléguée du peuple qui autrefois prononçait lui-même en dernier ressort toute peine capitale contre un citoyen romain. Il remet ce soin par un plébiscite à un tribunal spécial, provisoire à l'origine,

permanent dans la suite ; il détermine les délits qui sont de sa compétence, et les peines qu'il doit prononcer. D'où les noms de *publica judicia* donnés aux instances tenues par ce genre de tribunaux, et de *pœna legitima*, à la peine qu'ils infligent.

La procédure extraordinaire, de création plus récente, se rattache aux pouvoirs du sénat et de l'empereur. En vertu de leur souveraineté, ceux-ci délèguent à des magistrats spéciaux un certain pouvoir répressif ; et, sans toucher d'abord à la compétence des *questiones perpetue*, établissent une autre compétence à côté d'elles. Le tribunal extraordinaire prononce des peines, qui, n'étant point sanctionnées par le peuple, ne sont point *legitimæ*.

J'ajoute que, si les deux juridictions, très différentes dans leur origine et dans les formes de leur procédure, existent simultanément, la procédure extraordinaire tend à supplanter l'autre. Certaines *leges publicorum judiciorum*, comme la vieille *lex Calpurnia repetundarum* sont abolies et remplacées ; la magistrature centumvirale, qui connaissait jadis des *crimina publica*, tombe ; si bien que la distinction des juridictions n'existe plus à peu près que de nom. Pourtant, un effet, — très-important pour nous, — se maintient jusqu'à Justinien qui le signale : le *judicium publicum* entraîne toujours l'infamie ; le *judicium extra ordinem* ne l'entraîne qu'exceptionnellement (7, D. 48, 1) : « *infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo quod publici judicii causam habuit.* »

Cette différence sous Justinien est générale : en fut-il de même auparavant ? La question a son importance ; elle est intimement liée à la controverse élevée sur la nature de l'infamie.

Les auteurs qui font de l'infamie une création du préteur et une incapacité judiciaire se reportent à l'édit (1,

D. 3, 2). Comme ils n'y trouvent d'infâmes que les *judicio publico* CALUMNIE PRÆVARICATIONISVE *causa damnati*, ils en concluent que jusqu'à l'édit, tous les autres condamnés *judicio publico* n'étaient point infâmes. Mais d'autre part, comment comprendre l'extension postérieure de l'infamie à ces personnes ? Les partisans de ce système en donnent une explication hypothétique : les *judicio publico damnati* auraient été de tout temps soumis à des déchéances ; mais celles-ci auraient porté sur la capacité politique, sur le droit d'aspirer aux dignités. Or, selon eux, de pareilles déchéances forment l'*ignominia*, toute différente d'origine de l'*infamia*. Ce ne serait que tard, quand les deux pénalités se seraient fondues en une seule, que cette fusion aurait influé sur la situation des *damnati* autres que les *calumniosi*. A la privation des honneurs, le préteur aurait ajouté pour eux l'incapacité de postuler ; et comme l'Edit, — on le suppose, du moins, — était déjà rédigé au moment de cette fusion, ainsi s'expliquerait qu'il ait conservé sa rédaction primitive.

Les auteurs qui regardent l'infamie comme une déchéance d'origine exclusivement politique proposent une autre explication. D'après eux, si l'Edit ne mentionne pas comme infâmes les autres *judicio publico damnati*, c'est que jusque là, ces derniers ne sont point notés : ils conservent pleine capacité. L'extension de l'infamie leur a été faite successivement après l'Edit. Ainsi on y soumet d'abord le condamné pour *vis privata* (1, pr. D. 48, 7) ; puis on applique l'infamie à tout condamné à une peine capitale, dans le cas où la peine vient à n'être pas exécutée (1, 6, D. 3, 1) (l'exécution de la peine emporte anéantissement complet de l'*existimatio*). Enfin, toute condamnation *judicio publico* est déclarée infamante (7, D. 48, 1).

La solution mixte que nous avons adoptée peut se con-

cilier avec l'une et l'autre interprétation. Nous préférons cependant la seconde, qui a l'avantage d'être moins arbitraire, de donner une classification historique des textes ci-dessus, et d'éclaircir leur contradiction apparente.

Les *judicia publica* entraînant l'infamie sont peu nombreux : beaucoup d'entre eux aboutissent à une peine capitale ; or nous savons qu'une peine capitale fait plus que diminuer l'*existimatio*, qu'elle la supprime. Parcourons les *judicia* n'entraînant ni la mort, ni l'exil, ni les mines, peines capitales d'après la loi romaine.

I. — *Calumniæ, Prævaricatio*. — Voici les termes de l'Edit : « *Notatur qui in JUDICIO PUBLICO calumniæ prævaricationisve causa QUID FECISSE JUDICATUS ERIT.* » L'amphibologie saute aux yeux. Les mots *in judicio publico* se rapportent-ils à *quid fecisse* ou à *judicatus erit* ? La question offre un grand intérêt : est-ce à tout fait de calomnie ou de prévarication commis dans un *judicium publicum*, que l'infamie est attachée : il n'y aura pas à distinguer si la poursuite de ce fait est elle-même intentée *in judicio publico*, ou si elle est portée devant une juridiction *extra ordinem* ; toujours l'infamie sera encourue. Est-ce seulement à tout fait de ce genre qui est poursuivi ET JUGÉ *in judicio publico* : alors les deux délits, poursuivis *extra ordinem*, n'entraîneront point l'infamie.

Pour mieux y répondre, rappelons en deux mots la notion de ces délits. La *calumniæ* consiste dans une accusation fautive intentée de mauvaise foi (*falsa crimina intendere*) (1, pr. D. 48, 16). La *prævaricatio* est une collusion entre un accusateur et un accusé dans le but

d'obtenir l'absolution de ce dernier (1) (*qui diversam parlem adjuvat prodita causa sua*). On sait que la procédure accusatoire était exclusivement réservée aux délits publics, la procédure formulaire étant suivie en matière de délits privés. Donc, *en fait*, la *calumnia* et surtout la *prævaricatio* n'intervenaient guère que dans les procédures accusatoires, c'est-à-dire *in iudicio publico*. Aussi la l. 1, § 1, D. *de prævar.* déclare-t-elle qu'à proprement parler (*proprie*), on réserve le nom de *prævaricator* à celui *qui publico iudicio accusaverit*.

Examinons séparément chaque délit.

A) La *prævaricatio* a pu être découverte soit pendant l'instance où elle s'est produite; soit postérieurement, dans le cours d'une nouvelle instance intentée pour le même délit contre l'accusé qui invoque son acquittement antérieur, obtenu par collusion; soit enfin postérieurement, en dehors de toute instance.

Le premier cas n'offre aucune difficulté : le juge du fond condamnera et l'accusé, et l'accusateur coupable de *prævaricatio* : ici quel que soit le sens prêté à l'Edit, comme et les faits de *prævaricatio* et la condamnation de ce délit se passent *in iudicio publico*, l'infamie est certainement encourue.

Dans les deux autres cas, aucune loi, aucun sénatus-consulte n'organise un *iudicium publicum* contre la *prævaricatio* (3, 3, D. 47, 15). Aussi la peine est-elle *extra-*

(1) La répression de la *prævaricatio* était de nécessité absolue à Rome. Grâce au système des accusations populaires, il était au pouvoir du premier venu de rendre un délit impuni en intentant l'accusation, et en s'arrangeant ensuite de manière à la faire échouer. L'action publique une fois intentée était épuisée. Les peines portées contre le *prævaricator* sont celles-là même qu'encourait la partie absoute (6, D. 47, 15); cette sanction n'est pas trop grave pour prévenir un pareil abus de la loi.

ordinaria (2, D. h. t.). D'où se pose la question d'interprétation du texte amphibologique de l'Edit : faut-il déclarer la condamnation pour *prævaricatio* infamante, malgré le caractère *extraordinaire* de l'instance et de la peine ? Voyons comment les textes y répondent.

Le cas où la *prævaricatio* est découverte au milieu d'un nouveau *judicium publicum* est prévu par le § 1, 3, D. 47, 15 : « la loi Julia *publicorum judiciorum*, — dit le jurisconsulte MACER, — défend de continuer l'accusation avant qu'il n'ait été statué sur la question de *prævaricatio* du précédent accusateur. » C'est une question préjudicielle à résoudre avant de passer à celle du fond. Et le jurisconsulte ajoute : « *hujus prævaricationis pronuntiatio PUBLICI JUDICII intelligitur.* » C'est donc une extension des effets du *publicum judicium* à un *judicium extra ordinem*, extension contraire aux principes, mais que la connexité de ce dernier avec un *judicium publicum* explique et justifie : « *prævaricator IN CAUSA JUDICII PUBLICI pronuntiatus infamis est* » (4, D. h. t.). Ici encore la *prævaricatio* entraîne l'infamie.

Pour le troisième cas, l'Edit reste seul avec son sens énigmatique. De là deux systèmes :

L'un essaie d'interpréter l'Edit en sa faveur en affirmant que la préposition *in* mise devant *iudicio publico* ne s'explique grammaticalement que si on la relie à *quid fecisse*. Si le préteur voulait parler d'une condamnation en instance publique, il rejetterait la préposition, et dirait simplement : « *qui iudicio publico... judicatus erit.* » Cette interprétation nous semble un peu subtile.

L'autre système invoque le principe qu'un *judicium extra ordinem* n'entraîne pas l'infamie, à moins d'une disposition formelle qui n'existe pas ici ; en outre, le caractère exceptionnel de la mesure contenue dans le second

cas, est une preuve qu'il faut, dans le troisième, s'en référer à la règle générale.

Dans cette seconde théorie, vers laquelle nous inclinons, la *prævaricatio*, jugée principalement, *extra ordinem*, n'entraîne pas l'infamie.

B) Le caractère infamant du *crimen calumniae* n'est pas d'une détermination moins délicate. Examinée incidemment, dans l'instance publique où elle se produit, elle donne lieu à un *judicium publicum* et est certainement infamante. Que décider si elle est poursuivie dans une instance principale?

Une première hypothèse est prévue et résolue (1, 2. D. 48, 16) : l'accusation de *calumnia* s'est-elle élevée trop tard durant le *judicium publicum* pour que l'examen en puisse être fait avant la sentence rendue sur le fond : celle-ci rendue, la *calumnia* est instruite et jugée séparément. On imprime au front du *calumniator*, conformément à la loi *Remmia*, la lettre K (*Kalumni*), peine que le § 3 de notre fragment déclare *legitima*. Le condamné n'est plus, selon le mot de PAPINIEN, « *homo integræ frontis* » (13, D. 22, 5). La peine étant *legitima*, la condamnation est certainement infamante.

Mais en dehors de ce cas, la *calumnia judicio publico* est-elle jugée et punie conformément à la loi *Remmia*, ou bien est-elle poursuivie *extra ordinem*, et ne produit-elle pas l'infamie?

La controverse est née de deux textes dont l'un est tout spécial, et l'autre appelle un commentaire. ULPIEN (43, 11, D. 23, 2) déclare que si une femme « *calumnia judicio damnata sit ex causa publici judicii... publico judicio damnata esse non videtur.* » Ce texte généralisé conduirait à déclarer le *calumniator* poursuivi *extra ordinem*, et échappant à l'infamie. Mais il est spécial à la matière du *connubium* des sénateurs, pour lesquels

une disposition de faveur s'explique aisément : il doit donc être interprété restrictivement.

PAUL (Sent. 23, 2) pose un principe plus général : « *et in privatis ET IN PUBLICIS judiciis OMNES calumniosi EXTRA ORDINEM pro qualitate admissi plectuntur.* » Voilà bien, semble-t-il, la preuve que tout *calumniator*, même *in judicio publico*, est poursuivi *extra ordinem*. Ce raisonnement serait irréfutable, si le même fragment de Paul ne se trouvait reproduit au digeste, avec un changement de mot qui en décèle le sens caché. *Lato sensu*, — nous l'avons remarqué au début de ce chapitre, — les termes de *publicum judicium* s'appliquent à toute procédure criminelle, ordinaire ou extraordinaire, par opposition à la procédure des délits privés. Or ce sont très vraisemblablement les délits *publics extraordinaires* que Paul réunit aux délits privés, quand il déclare que la *calumniā* qui s'y commet est poursuivie *extra ordinem*. Car JUSTINIEN, interprétant et précisant sa pensée, lui fait dire en le corrigeant : « *et in privatis et in extraordinariis criminibus omnes calumniosi extra ordinem . . . plectuntur* » (3, D. 48, 16). Paul ne touche pas aux *judicia publica* (*stricto sensu*) : la *calumniā* y est donc toujours poursuivie conformément à la loi Remmia, punie de *pœna legitima*, et entraîne l'infamie.

J'ai toujours supposé jusqu'ici ce qui arrivait le plus fréquemment, la *calumniā* commise *judicio publico*. Mais il n'était pas impossible qu'elle intervint dans un *judicium privatum*, auquel cas elle n'était point infamante. Dans une seule hypothèse cependant, la *calumniā*, poursuivie *extra ordinem*, produit l'infamie. Quand une veuve se déclarant faussement enceinte, obtient ou tente d'obtenir l'envoi en possession *ventris nomine* des biens de son mari, quoiqu'il n'y ait pas *crimen publicum*, le jugement de *calumniā* entraîne l'infamie, pour la femme, si elle est

sui juris, sinon pour son *paterfamilias* qui l'a autorisée à agir (15 ; 19 ; 17, D. 3, 2). Il y a là un manque de déférence envers le préteur que celui-ci punit exceptionnellement d'infamie.

II. — *Crimen repetundarum*. — Ce cas et les suivants ne présentent aucune difficulté : nous nous contentons d'une mention sommaire. — Une loi Julia, adoucissant les prescriptions de la loi des XII tables contre les fonctionnaires convaincus de vénalité et de concussion, ne les frappe plus de mort qu'au cas où les charges sont graves. La condamnation ainsi adoucie entraîne l'infamie (6, 1, D. 48, 11).

III. — *Crimen de residuis*, ou fait de détourner à son profit les deniers publics. Si les deniers détournés ont été consommés, il y a péculat, entraînant peine capitale (PAUL, *Sent.* 5, 27).

IV. — *Plagium*, ou acte de vendre, acheter, recéler sciemment soit un citoyen, soit l'esclave d'autrui. Le fait resta longtemps puni d'une simple amende (loi Fabia), puis il devint un *delictum extraordinarium* puni d'une peine arbitraire, presque toujours capitale (10, Inst. 4, 18 ; 1, D. 48, 15).

V. — *Brigue (ambitus)*. — De très bonne heure la brigue donna lieu à des lois répressives : en 687, une *quaestio* spéciale était établie par une loi Calpurnia qui la punissait d'amende et de déchéances politiques. — On en retrouve une application : const. un. C. 1, 16.

VI. — *Vis privata*. — C'est la violence sans armes : un décret du sénat la punit d'infamie (1, pr. D. 48, 7).

VII. — *Annona*, ou spéculation sur les vivres. (D. 48, 12.)

VIII. — *Adultere*. — Le complice devient toujours infâme après condamnation. La femme surprise en flagrant délit le devient *ipso facto*, « *quasi publico judicio damnata* ». (13, 12, D. 23, 2.) Si, le fait de l'adultère étant constant, la femme obtient pour quelque motif, une sentence d'absolution, l'infamie encourue persiste : *factum lex, non sententiam notat*.

La loi assimile à l'épouse adultère, la fiancée et l'affranchie concubine de son patron.

CONSTANTIN punit de mort l'adultère (30, 1. C. 9, 9). L'infamie perd donc ici toute application.

IX. — *Stuprum*. — Commis avec violence, le *stuprum* est puni de mort. Sans violence, il n'est punissable qu'exercé sur une *mulier honesta*, fille ou veuve (4, Inst. 1, 18). Le coupable peut éviter la condamnation, et par suite l'infamie, en épousant sa victime.

X. — *Trafic fait par le mari de la personne de sa femme*. — La loi appelle *lenocinium*, ce délit qu'il ne faut pas confondre avec un autre du même nom, celui des trafiquants de femmes esclaves. Tandis que la profession de ces derniers les rend infâmes de plein droit, il faut à l'égard du mari une condamnation. On assimile à un pareil trafic la complaisance coupable du mari, qui ayant connaissance de l'inconduite de sa femme, ne la répudie pas. (2, 2, D. 48, 5) (1).

§ 3. — *Condamnation à la suite d'un* CRIMEN EXTRA ORDINEM

On sait qu'une pareille condamnation n'entraîne pas en principe l'infamie. Exceptionnellement, quand le *crimen*

(1) Voyez dans DÉMOSTHÈNE (c. Næera, § 87), une décision absolument identique à Athènes.

extraordinarium porte sur un des faits qui constituent déjà des délits privés amenant l'infamie (§ 1), la condamnation qui s'ensuit est infamante (7, D. 48, 1) : « *ex eo crimine quod publici iudicii non fuit, damnatum infamia non sequetur, NISI id crimen ex ea actione fuit* QUAE ETIAM IN PRIVATO JUDICIO *infamiam importat.* » Peu importe d'ailleurs que le délit ait gardé son nom primitif, ou pris une dénomination spéciale : c'est le dol, la perversité du coupable qui, comme précédemment, est la cause, la raison d'être de l'infamie. — Les textes offrent trois chefs de condamnations de ce genre.

I. — *Stellionatus*. — Qu'est-ce que le stellionat ? Ce mot, à Rome, représente exactement, en matière criminelle, celui de « dol » en matière civile (3, 1, D. 47, 20). C'est le terme générique, employé à défaut d'autre plus spécial pour désigner un délit non autrement dénommé : *deficiente titulo criminis, hoc crimen locum habet.*

Nul doute que le stellionat ne soit un *delictum extraordinarium* ; nul doute qu'il ne contienne les éléments d'un délit privé entraînant l'infamie : il semble donc, d'après ce qui est dit plus haut, devoir engendrer la note infamante. C'est ce que décide ULPYEN (13, 8, D. 3, 2) : « *crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum iudicium non est.* » Le malheur est qu'un autre texte du même ULPYEN vient déclarer absolument le contraire : « *Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet...* » (2, D. 47, 20).

GUJAS pense concilier les deux textes en rendant l'infamie facultative pour le juge, qui peut, suivant les circonstances, la prononcer ou la réserver. Le président FAVRE (*Conjecturae*, IV, 12), plus expéditif, supprime tout simplement la négation dans la loi 2 qu'il lit ainsi : « *iudicium famosum quidem — est.* »

MAREZOLL (p. 135) a proposé une explication aujourd'hui généralement admise. ULPYEN s'occupe, dans le contexte, non du caractère infamant de la condamnation pour stellionat, mais de la juridiction criminelle qui doit connaître de ce délit. Il oppose donc *coercitio extraordinaria* à *judicium famosum*, qu'il emploie ici comme synonyme de *judicium publicum*, parce que les *judicia publica* sont toujours *famosa*, et que les *judicia extraordinaria* ne le sont qu'exceptionnellement. Le mot *famosum* est ici pris dans un sens métonymique qui n'infirme en rien la solution donnée par notre auteur dans la loi 13. 8, D. 3, 2.

II. — *Violation de sépulture.* — Dans un cas, celui d'une opposition violente à l'ensevelissement d'un mort, la loi JULIA *de vi publica* établissait un *judicium publicum*. Mais les violations de sépulture n'offrent, en toute autre hypothèse que l'action privée *sepulchri violati*, et une poursuite criminelle *extra ordinem*. De pareilles violations constituent soit un vol, soit une injure, soit un dol, motif pour lequel elles entraînent l'infamie (8, D. 47, 12).

III. — *Crimen expilatae hereditatis.* — Le vol d'hérédité, chose curieuse, resta à Rome près de neuf siècles impuni. N'était-ce même pas encourager les usurpateurs d'hérédités que leur accorder l'*usucapio pro herede*? Les préoccupations religieuses, le souci de perpétuer le culte domestique donnèrent naissance à cette usucapion que GAIUS qualifie d'*improba*, et à laquelle MARC-AURÈLE apporta les premières réformes (1, 2, D. 47, 19). Ce prince organisa contre l'*expilatio hereditatis* un *crimen extraordinarium*, qui, basé comme les précédents sur une idée de vol, entraîne, à l'exemple du *furtum*, une condamnation à l'infamie.

§ 4. — *Condamnation contre les plaideurs téméraires
à la suite de certains contrats ou quasi-contrats*

C'est ici le cas de rappeler la remarque déjà faite, que le dol intervenu soit dans un contrat, soit comme circonstance aggravante d'un délit, donne toujours lieu à condamnation infamante. Les contrats que nous allons parcourir sont ceux où la loi exige, en plus qu'une équité ordinaire, les égards, les bons offices entre contractants. Le plaideur téméraire y est ici doublement responsable de sa mauvaise chicane : c'est pourquoi la loi le note d'infamie.

Les institutes mentionnent comme *contractus famosi* : la *société*, le *mandat* et le *dépôt* ; ajoutons-y le contrat primitif de *fiducie* (*tab. Heracl.* ligne 111-37 ; *Cicér. pro Rose. Com.*, 6) qui pour ses formalités gênantes, tomba de bonne heure en désuétude.

En matière de société, contrat synallagmatique parfait, la note est toujours encourue : tous les associés se doivent réciproquement équité et « *affectio* ». L'édit au contraire ne déclare infamantes les actions *mandati* et *depositi* que quand elles sont *directae* (1, D. 3, 2). Le défendeur à une action *contraria* y échappe, parce qu'à son égard, « NON DE FIDE RUPTA *agitur*, sed DE INDEMNITATE *ejus qui officium suscepit* » (5, pr. D. 16, 3). D'où l'on peut conclure que s'il y avait réellement mauvaise foi de sa part, son dol serait pour lui la cause légitime et suffisante d'une condamnation infamante.

En principe, les actions directes sont seules infamantes : mais le sont-elles toujours, nécessairement ?

Les interprètes ne sont pas d'accord. Les uns invoquent pour l'affirmative la généralité des termes de l'édit : « *Infamia notatur qui... damnatus erit.* » Le simple fait d'un

associé, d'un mandataire, de s'exposer à une condamnation, la *temeritas litigandi* constitue nécessairement un dol qui mérite l'infamie : « *in minimis rebus qui mandatum neglexerit, turpissimo judicio condemnatur* », dit CICÉRON (*pro Rosc.* 39), qui n'est pas moins explicite au sujet du mandat. (MAREZOLL, p. 149.)

Les autres n'admettent pas qu'un plaideur de bonne foi soit frappé d'infamie. Sans doute il lui sera bien difficile d'apporter ici une excuse plausible : mais la chose n'est pas impossible. Voici, par exemple, un mandataire ayant commis une *levis culpa* : il refuse de payer au mandant l'indemnité excessive que celui-ci réclame. S'il est traduit en justice et condamné à une indemnité modérée, il est démontré par ce seul fait avoir plaidé à bon droit, et sans témérité : pourquoi dès lors le noter d'infamie ? (DONEAU, XVIII, 8, § 8-13).

Aux trois contrats indiqués il faut joindre le quasi-contrat de *tutelle*. Tout ce qui a été dit sur l'effet de l'action contraire et sur la bonne foi s'applique au tuteur. Mais il est soumis en outre à deux causes spéciales d'infamie. La première est la destitution comme suspect (6. Inst. 1, 26) : le *crimen suspecti* donne lieu à une enquête du magistrat, et à un décret de révocation. Il est à remarquer que le tuteur n'est vraiment destitué comme suspect que quand il a commis un dol, et que ce dol est formellement prévu par le décret. La faute lourde en cette matière n'équivaut nullement au dol : un tuteur en faute est révoqué *propter inertiam vel ineptiam* ; mais, basée sur un pareil motif, la révocation ne saurait entraîner l'infamie (3, 18, D. 26, 10).

La seconde cause est relative au mariage du tuteur avec sa pupille. La loi autorise la pupille devenue majeure à demander pendant un certain temps l'*in integrum restitutio*. Pour empêcher que ce droit ne soit rendu

illusoire, elle prohibe le mariage et même les fiançailles entre le tuteur, ou le curateur, ou leur fils en puissance, d'une part, et la pupille de l'autre, jusqu'à ce que celle-ci ait ses 26 ans accomplis. La sanction de cette prohibition consiste dans la nullité du mariage, et en outre, dans l'infamie. DIOCLETIEN en donne le motif : le tuteur qui cherche ainsi dans le mariage un moyen détourné de ne pas rendre son compte, est présumé avoir eu des fraudes à cacher (7, C. 5, 6). Ce motif éclaircit complètement un fragment de PAUL dont le sens paraît tout d'abord amphibologique : « *Non est matrimonium si tutor vel curator pupillam suam... ducat uxorem, vel eam cum filio jungat : quo facto UTERQUE infamatur... nec interest filius sui juris an in patris potestate sit.* » (66, D. 23, 2). On se demande à première vue à qui se rapporte cet *uterque* : est-ce au père et au fils ? est-ce au tuteur et au curateur ? Si l'on se reporte à la remarque faite plus haut que, dans l'espèce, le motif de l'infamie consiste dans une fraude, on voit que le tuteur et le curateur ont seuls pu s'en rendre coupables. Le fils n'ayant point de patrimoine propre, n'avait aucun intérêt personnel à contracter mariage. Donc, l'infamie ne peut retomber que sur ceux qui sont en faute, ou qui sont présumés l'être : le tuteur, ou le curateur ; le fils reste intact dans ses droits.

La prohibition de mariage peut d'ailleurs être levée par le consentement formel du père de la pupille (66, D. 23, 2) ou par une dispense de l'empereur (7, C. 5, 6).

§ 5. — *Observations relatives aux causes et sentences infamantes.*

A) *De la transaction dans les causes infamantes.* — Comme c'est la condamnation, non le fait condamné qui

entraîne l'infamie, on conçoit le désir des défendeurs d'éviter une sentence en transigeant. Et de fait, la transaction est toujours possible; mais tandis qu'elle est pleinement efficace en matière de contrats, la loi vient au contraire en paralyser l'effet, quand elle intervient sur des délits soit publics soit privés.

S'agit-il d'un contrat? La loi souhaite, commande la transaction; c'est le refus de s'entendre avec l'adversaire qu'elle punit chez le défendeur en lui infligeant l'infamie (7, D. 3, 2).

S'agit-il d'un délit? On ne pactise pas sur l'intérêt social. La transaction intervient-elle sur un délit public : immédiatement naît une nouvelle action en *prævaricatio*, s'il y a collusion entre l'accusateur et l'accusé; en faux par corruption de témoins, si l'accusé a acheté leur silence ou leur fausse déposition. Transige-t-on sur un délit privé : l'édit déclare le pacte de transaction infamant comme la condamnation même (*si quis damnatus PACTUSVE erit*). Le motif de cette règle en détermine la portée : si le pacte, au lieu d'être un subterfuge, est commandé par le magistrat, comme cela se présente dans les actions *arbitraires*, loin d'être infamant pour la partie, il lui évite au contraire d'être noté : « *qui jussu prætoris pretio dato pactus est, non notatur* » (6, 3, D 3, 2). — ULPIN remarque en outre que l'effet infamant du pacte se produit seulement lorsque le désistement est l'équivalent d'un avantage pécuniaire : on ne saurait refuser à la victime du délit la faculté de pardonner.

(B) *Restrictions à la capacité d'intenter une action infamante.* — Les procès infamants sont parfois scandaleux. Il y a quelque chose de choquant à voir s'élever entre deux personnes unies par les liens du sang, ou les devoirs de la reconnaissance, un conflit d'où l'une d'elles risque de sortir infâme.

En matière civile, le préteur a un pouvoir presque souverain dans la direction des instances ; il peut dire sans exagération : *in jus sine permissu meo ne quis vocet* (10, 12, D. 2, 4). Aussi refuse-t-il la formule d'une action infamante : 1^o au descendant contre son ascendant (2, D. 37, 15) ; 2^o à l'affranchi contre son patron, sa patronne, et contre les enfants ou les parents (père et mère) de son patron ou de sa patronne (5, D. ib.) ; 3^o entre époux. Le préteur fait plus : il n'insère même pas les exceptions *doli. quod metus causa*, et *injuriarum*, bien qu'elles ne soient pas infamantes en droit, parce que les personnes à qui on les oppose « RE tamen IPSA et OPINIONE HOMINUM non effugiunt notam. » En pareil cas, action et exception sont conçues *in factum*. J'ajoute que le pouvoir discrétionnaire du préteur lui permet de revenir sur la généralité de sa prohibition. Les textes fournissent deux exemples, deux cas où l'action infamante est exceptionnellement accordée : 1^o l'action *furti* est donnée contre le père qui a dérobé un objet appartenant au pécule *castrense* de son fils (52, 6, D. 47, 2) ; 2^o l'action *injuriarum* est donnée à l'affranchi contre son patron, coupable envers lui d'une injure très grave, celle de l'avoir fouetté (*flagellis cecidit*) (10, 12, D. 2, 4).

La loi 5, 1, D. 37, 15 est conçue en termes généraux : « *nec famosæ actiones adversus eos dantur.* » Et bien qu'elle paraisse écrite spécialement en vue des actions infamantes civiles, on peut sans inexactitude l'appliquer aux actions criminelles. L'application est faite par les lois 8, D. 48, 2 et 21, C. 9, 1 en ce qui touche les affranchis, incapables d'accuser leur patron. Plusieurs exemples subsistent d'accusations intentées par un ascendant contre son descendant (2, D. 48, 8 — 1, C. 8, 47) : on n'en trouve aucun d'accusation exercée par un descendant contre son ascendant. Il semble même que l'incapacité ait ici quelque chose de

plus général. Nous voyons un frère qui intente une action criminelle contre son frère, non seulement débouté de sa demande, mais puni d'exil (13, C. 9, 1) ; l'accusation dont il s'agit dans l'espèce est d'ailleurs plus qu'infamante : elle est capitale.

C) Conditions nécessaires pour qu'une condamnation soit infamante.

Il faut :

1^o Une *condamnation* proprement dite. — Une sentence arbitrale ne produit point cet effet : *ex compromisso arbiter infamiam non facit* (13, 5, D. 3, 2).

2^o Une condamnation *définitive*. — Définitive *quant à son objet* : une sentence interlocutoire, une admonition adressée à un témoin n'entraîne pas l'infamie (19, D. 3, 2). — Définitive *quant à ses effets* : l'appel du condamné en suspend l'exécution jusqu'à la sentence du juge d'appel ; bien plus, si la condamnation est confirmée, l'infamie ne rétroagit pas au jour de la première sentence : elle prend date au jour de la confirmation (6, 1, D. 3, 2).

3^o Une condamnation *directe et principale* contre l'auteur du fait. L'édit exige qu'il soit *suo nomine damnatus*. Échappent donc à l'infamie : le complice non engagé au procès, et tout représentant, tout plaideur *alieno nomine*, tuteur, curateur, *cognitor*, *procurator*, et même héritier. (6, 2, D. 3, 2). D'où un moyen bien simple, presque naïf, d'éviter une condamnation infamante, c'est de chercher un représentant complaisant, et d'agir par procureur : l'infamie en ce cas n'atteint ni le représentant, qui est condamné *alieno nomine*, ni le représenté, qui n'a pas figuré au procès. Mais nous verrons qu'en fait, cette façon de tourner la loi ne profitait guère : le coupable était frappé d'*infamia facti*, et traité comme *persona turpis*, condition qui pouvait être aussi dure pour lui que celle d'infâme.

Une double exception existe : en premier lieu, l'héritier

d'un dépositaire ou d'un mandataire répond des faits de son auteur comme s'il les avait commis lui-même (6, 6, D. 3, 2). En second lieu, la représentation semble n'avoir pas été admise en matière criminelle, puisque ZÉNON l'autorise exceptionnellement au profit des *illustres* poursuivis par l'action criminelle d'injures (11, C. 9, 35).

SECTION II. — INFAMIE ATTACHÉE A UN FAIT OU A UNE
SÉRIE DE FAITS

Une remarque importante doit précéder l'énumération de ces faits : bien qu'une condamnation ne soit nullement nécessaire pour que les faits en question produisent l'infamie, il n'est pas impossible, il est parfois nécessaire qu'une condamnation intervienne. Le fait peut être notoire : par exemple une profession ; alors l'infamie qui s'y attache est aussi de notoriété publique. A l'inverse le fait peut être isolé, caché, incertain : dans ce cas l'*existimatio* du coupable est elle-même incertaine. Que si la question d'infamie se pose, s'il y a des prétentions opposées, il faut bien les trancher : de là procès, sentence, condamnation. Mais notons bien la différence : cette fois, la condamnation n'est qu'un moyen de preuve, ce n'est pas elle, mais le fait prouvé qui entraîne l'infamie. On verra, à la fin de cette étude, combien cette idée influe sur le point de départ et sur la durée de l'infamie.

Nous examinons d'abord les professions infamantes. Quant aux faits isolés amenant l'infamie, ils sont nombreux. Quelques-uns, antérieurs à l'Édit perpétuel, présentent des difficultés vraiment inextricables. Ceux qu'établirent les constitutions impériales, n'offrent au contraire qu'un médiocre intérêt, et méritent seulement une rapide mention.

§ 1. — *Professions infamantes.*

Sont notés : 1^o Les comédiens, gladiateurs, et autres personnes se donnant en spectacle à prix d'argent. Les Grecs honoraient ce genre de profession ; Rome a conçu contre elle une prévention qu'elle nous a léguée. L'histoire des démêlés de Labérius et de César est trop connue : César eut beau rendre son anneau d'or au chevalier devenu comédien : le préjugé fut plus puissant que lui. Labérius ne recouvra ni son *existimatio*, ni son rang dans la cavalerie (MACROB. *Sat.* II, 7). — L'infamie atteint ceux qui ont loué leurs services pour combattre les bêtes féroces, même lorsque le combat n'a pas lieu (1, 6, D. 3, 1), Mais ne sont pas infâmes : les présidents des jeux publics (*designatores*, βαδευται), exerçant non une profession illicite, mais un *munus publicum* ; ceux qui montent sur la scène ou descendent dans le cirque *honoris causa* ; je citerai les athlètes, (4, pr. D. 3, 2) et les acteurs d'atellanes (TIT. LIV. VII, 2. — VAL. MAX. II, 4, § 4). Les atellanes, comédies d'origine italienne, formaient le divertissement favori des jeunes gens appartenant aux meilleures familles ; leurs acteurs n'en faisaient ni moyen de luxe, ni profession habituelle. — Echappent enfin à l'infamie ceux qui, bien qu'attachés aux jeux dans un but lucratif, ne se donnent pas en spectacle : les *thymelici* ou musiciens de l'orchestre, les *xystici* ou athlètes combattant sous les portiques, les *agitatores* ou conducteurs de chars, et ceux qui, dans les courses, *aquam equis spargunt* (2, 5, D. 3, 2).

2^o Les personnes exerçant une profession honteuse, savoir :

Les *lenones*, marchands d'esclaves, proxenètes, ou gens tenant maisons de débauche ; peu importe s'ils exercent leur métier *principaliter* ou accessoirement avec celui

d'aubergiste (*campo*) ou de directeur de bains (*balneator*), pour leur compte ou pour le compte d'autrui. L'esclave employé à ce métier vient-il à être affranchi : il est noté d'infamie (4, 3, D. 3, 2).

Les *muliebria passi*. — Les crimes commis entre personnes du même sexe, d'abord punis de mort, n'entraînèrent plus depuis une certaine loi Scantinia, qu'une amende de 10,000 sesterces (Juv. Sat. II, 44). CONSTANTIN les frappe de nouveau de la peine de mort (31, C. 9, 9). — L'habitude de ces débauches était très répandue à Rome : aussi la rangeons-nous parmi les professions infamantes. Mais tout fait isolé de ce genre tombe sous la même répression. J'ajoute que les *muliebria passi* sont traités plus sévèrement que les infâmes ordinaires : le préteur les déclare *turpitudine notabiles*, et leur interdit de la manière la plus absolue de postuler pour autrui.

Aux *lenones* et aux *muliebria passi*, on pourrait peut-être ajouter à certaine époque les courtisanes. En effet, d'après un rescrit de SÉVÈRE, une esclave devenue libre n'est point notée uniquement pour avoir été prostituée par son maître durant sa servitude (24, D. 3, 2). Ce texte laisse entendre que si une femme libre se livre à la prostitution, son *existimatio* en souffre. Mais la note en question est-elle l'infamie ? ou mieux, dans quelle mesure l'infamie s'applique-t-elle aux femmes ? Cette délicate question, intimement liée à celle des effets de l'infamie, sera étudiée en même temps que ces derniers.

§ 2. — *Infamie attachée à certains faits antérieurement à l'Edit perpétuel.*

1. — *Missio ignominiosa* (1, D. 3, 2) (*Tab. her.* l. 121). — C'est le congé infamant, l'expulsion ignominieuse de l'ar-

mée, prononcée par le général contre un soldat. On s'est demandé tout d'abord si c'est à la décision du général qu'est attachée l'infamie, ou bien au fait d'indiscipline qui motive cette décision. Est-ce à la décision du général ? celle-ci jouerait le rôle d'une sentence, et l'infamie serait *mediata*. Mais les expressions du préteur « *notatur qui... dimissus est* » répugnent à l'assimilation d'une simple *missio* et d'une condamnation. Est-ce au fait qui motive cette décision ? Le préteur le laisse absolument de côté. Ni l'une ni l'autre solution n'est donc acceptable, et il faut s'en référer aux termes de l'édit. Ce n'est ni le fait du soldat, ni la décision du général qui entraîne l'infamie, c'est l'*exécution* de la décision. L'infamie n'est encourue qu'à partir de l'*application de la peine* : elle ne rétroagit, ni au jour de l'indiscipline, ni même au jour de la décision, à supposer que celle-ci ne soit pas immédiatement exécutée.

Le général ou son délégué (*cui de re statuendi potestas fuerit*) prononce la peine contre ses subordonnés de tout grade, et en apprécie librement les motifs. Les textes citent des renvois pour trahison, mutilation volontaire, tentative de suicide, exemples qui n'ont rien de limitatif (D. 49, 16).

La *missio ignominiosa* est la seule des peines militaires qui occasionne l'infamie. Le retrait du grade (*gradus dejectio*), le changement de classe (*militiae mutatio*) sont des mesures purement disciplinaires, et n'ont point d'effet sur la capacité civile.

La peine s'exécute de diverses manières. Tantôt on inflige au soldat la dégradation militaire (*exauctoratio*) : on lui enlève ses insignes, le baudrier et le ceinturon, tantôt on le délie du *sacramentum* qu'il a prêté en arrivant au corps ; tantôt on lui inflige l'épithète méprisante de « *Quiris* » ; tantôt enfin on le chasse hors du camp

en exprimant que le motif de son renvoi n'est ni un congé de réforme (*missio causaria*) ni un congé de libération (*missio honesta*).

Si le crime commis par un soldat entraîne déjà par lui-même l'infamie, des peines spéciales sont attachées pour lui au congé ignominieux : il lui est interdit de résider à Rome, et aussi de faire partie de la suite de l'empereur (2, 3, D. 3, 2).

II. — *Contravention aux lois sur le deuil.* — Prendre le deuil de ses parents ne fut pas à Rome un simple devoir moral, mais une obligation sanctionnée par les lois. PLUTARQUE attribue même l'initiative de cette mesure à Numa Pompilius. (*Numa, ch. 15*). La législation sur ce point dût passer par bien des vicissitudes, que des textes contradictoires nous révèlent, et qu'il est difficile d'éclaircir.

JUSTINIEN, citant l'édit, ne mentionne comme punissable que le mariage d'une veuve avant l'expiration de son année de deuil; et l'infamie qu'il prononce n'atteint même pas la principale coupable, mais seulement son époux, son père ou le père de son époux (1, D. 3, 2). On ne voit pas de prime abord la raison de ce détour; on ne saisit même pas comment le mariage, qui peut être célébré sans pompe, sans violation de la retenue qui convient à une personne en deuil, constitue par lui-même une pareille violation. Evidemment, la disposition ainsi présentée est amoindrie, tronquée, méconnaissable. Déjà une autre version de l'Edit rapportée aux *Fragmenta Vaticana* (§ 320) diffère sensiblement de celle du digeste : preuve manifeste d'un changement notable dans la législation.

Voici le tableau des deux variantes de l'Edit, tableau presque indispensable pour l'exposition de cette difficile matière :

TEXTE DU DIGESTE

— TEXTE DES *fragmenta*

NOTATUR :

Qui eam, quæ in potestate ejus
esset, genero mortuo, cum mortuum
esse sciret, (a) *intra id tempus*
quo elugere virum moris est,
antequam virum elugeret.

in matrimonium collocaverit ;
eamve sciens quis uxorem duxerit,
non jussu ejus in cujus potestate
est ;

et qui eum quem in potestate habe-
ret, eam de qua supra comprehen-
sum est uxorem ducere passus
fuerit.

.... qui eam quam in potestate
habet, genero mortuo, cum eum
mortuum esse sciret,

in matrimonium collocaverit :
eamve sciens uxorem duxerit :

et qui eum quem in potestate habe-
ret, earum quam uxorem ducere
passus fuerit.

(b) *quæ virum, parentem, libe-*
rosve suos alios est non elu-
gerit, (c) quæ cum in parentis
sui potestate non esset, viro mor-
tuo, cum eum mortuum esse sciret,
intra id tempus quo elugere vi-
rum moris est, nupserit.

Essayons de retrouver l'ordre historique, l'enchaînement
des lois relatives au deuil, et reportons-nous à leurs pre-
mières origines.

Numa, réglant la durée du deuil que les parents doi-
vent porter, établit une prescription spéciale concernant
la femme : il lui défend de se remarier avant dix mois
écoulés, sous peine d'immoler une vache pleine (PLUT.
Numa, ch. XV). Les lois Papiennes, sous Auguste, défen-
dent cette union prématurée *propter turbationem san-*
guinis. La femme qui y contrevient est traitée comme
mulier famosa. (Nous renvoyons au troisième chapitre
l'étude de la *famositas* et de ses rapports avec l'infamie).
Quant aux lois sur le deuil, il n'en est pas question
dans les fragments qui nous restent (V. ULP. *Reg. tit. 14*).

La distinction se précise avec le temps. ULPÏEN (*Uat.* 320, 321; 23, D. 3, 2) et PAUL mentionnent isolément les cas où le deuil des parents doit être pris (*parentes LUGENDI sunt*), et l'obligation toute particulière de la veuve aux mois de continence (11, 1, D. 3. 2). Dans ce dernier texte, Ulpïen montre la veuve soumise à une double obligation. Comme parente, d'abord, elle doit porter le deuil de son mari (*lugere*); cette obligation peut cesser pour des causes graves, si par exemple le mari s'est rendu coupable de haute trahison ou s'est suicidé. Comme veuve, ensuite, elle doit ne pas se remarier (*elugere*) et cela, *propter turbationem sanguinis*. Cette obligation subsiste alors même que la première est éteinte; mais elle cesse elle-même, elle perd toute raison d'être si la femme accouche avant dix mois.

L'opposition de mots n'est sans doute pas d'une portée juridique absolue, mais elle semble dans ce texte très voulue, très significative. D'après Ulpïen, *lugere*, c'est proprement être en deuil, *abstinere a conviviis, ornamentis, purpura et alba veste* (PAUL, *Sent.* I, 21, § 14); *elugere*, c'est garder son veuvage, par crainte d'une confusion de part. *Lugere* s'entend du deuil pris par toute espèce de parent. *elugere* s'applique ici exclusivement à la femme veuve. Divers textes énumèrent les personnes qui doivent *lugere*, fixent la durée du deuil et la sanction de cette obligation qui est la même que celle d'*elugere*: l'infamie. Quant au motif pour lequel ni l'édit ni Justinien ne mentionnent point parmi les infâmes ceux qui ont contrevenu à la prescription de *lugere*, il sera mieux compris, connaissant les personnes qui aux diverses époques s'y sont trouvées soumises.

(A) *Obligation de porter deuil.*— « *Parentes et liberi lugendi sunt* », dit ULPÏEN; mais l'obligation semble n'en avoir été vraiment imposée qu'aux femmes: le jurisconsulte

ajoute que les hommes doivent sans doute porter le deuil, mais *prout quisque voluerit*, et il déclare formellement que « *qui eos non eluxit non notatur infamia* ». Ainsi parle encore SÉNÈQUE : « *viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum* » (Ep. à Lucilius, 63). Ainsi parle le § 321 des *fragmenta Vaticana*, qui mentionne cependant une opinion contraire professée par PAPINIEN, relatée au § 25, pr. D. 3, 2, et corroborée par un texte de Paul, d'une authenticité douteuse (1). Aussi ne faut-il

(1) (PAUL. *Sent.* I, 21, § 13). — Nous isolons à dessein l'examen de ce texte, pour ne pas obscurcir une discussion déjà si chargée. Tel qu'il est restitué par CUIJAS, d'après l'unique *Codex Vesontinus*, il ne présente presque aucune disposition qui ne soit contredite par d'autres textes. Aussi correcteurs et commentateurs se sont-ils efforcés, les uns d'en remanier la version primitive, les autres d'en prouver la non-authenticité. Sans entrer dans les discussions à perte de vue engagées sur ce fragment, il est prudent de ne l'accepter qu'avec des réserves. Voici dans un simple tableau les solutions du § 321 (*Vatic. fragm.*) opposées à celles de Paul :

TEXTE DE PAUL

TEXTE DES *fragmenta*

Parentes et filii majores *sex* annis
anno (le contexte prouve qu'il s'a-
git d'une année de 12 mois)
lugeri possunt ;

minores, *mense* :

maritus decem mensibus; et *co-*
gnati proximioris gradus *octo* ;
qui contra fecerit, infamium
numero habetur.

Parentes.... item liberi *X* annis....
anno.... *decem* mensuum

(contredit par PAUL lui-même qui
sanctionne plus bas de l'infamie,
la contravention à l'obligation de
lugere).

minores.... *tot mensibus elu-*
geantur quot annorum deces-
serint, usque ad trimatum; mi-
nor trimo non lugetur sed
sublugetur, minor anniculo ne-
que lugetur neque sublugetur,
(*Sublugere* signifie porter un deuil
léger, un demi-deuil)

(aucun texte ne soumet à des rè-
gles spéciales le deuil des cognats).

(Voir au texte les autorités con-
traires).

pas chercher à les concilier en les tronquant, et en supprimant, par exemple, dans le texte d'ULPIEN, les mots *prout quisque voluerit*, et la négation *non*, pour l'accorder avec PAPINIEN. La controverse existait bien réellement à Rome au temps de ces auteurs, et plus encore que les jurisconsultes romains, nous manquons d'éléments suffisants pour la trancher.

Si la question est discutée en ce qui touche les hommes, elle ne semble pas discutable au sujet des femmes. On sait que très longtemps les effets de l'infamie se réduisirent à deux déchéances portant, l'une sur la capacité politique, l'autre sur la capacité de postuler pour autrui. Comme la femme, à raison de son sexe, ne jouissait ni de l'une ni de l'autre prérogative, l'infamie était sans effet, sans application pour elle, et ne pouvait sanctionner à son égard la loi du deuil. De là vient que l'édit perpétuel (1, D. 3, 2) ne frappe aucune femme d'infamie.

J'ai dit plus haut que les lois caducaires notent certaines femmes de *famositas* : cette flétrissure, qui diffère de l'infamie par ses origines comme par ses effets, tenait lieu pour elle de cette dernière. La pratique l'indigea à la femme qui contrevient à l'obligation de porter deuil. Plus tard quand l'infamie produisit certains effets accessoires en droit civil, elle présenta divers points communs avec la *famositas*, et finit — nous le verrons plus tard — par l'absorber entièrement. Alors on peut confondre les deux expressions comme équivalentes ; et il n'est plus étonnant que la version plus récente de l'édit, rapportée au § 320 (*fragm. val.*) range au nombre des infâmes, celle « *quae virum parentem liberosve suos, uti mos est, non eluxerit.* » (b).

Cette infamie appliquée aux femmes comme sanction de l'obligation de porter deuil ne fut pas de longue durée. ALEXANDRE SÉVÈRE enleva toute sanction légale à

l'obligation de *Iugere* (15, C. 2, 12), et désormais les femmes, pas plus que les hommes, ne furent notées d'infamie. (23 ; 25, D. 3, 1).

B) *Obligation de ne pas se remarier avant l'expiration de l'an de deuil.* — Il s'agit ici du remariage de la femme seule. La crainte d'une confusion de part étant le motif de la prohibition, d'un côté, celle-ci ne s'étend pas aux simples fiançailles de la femme, (10, 1, D. 3, 2), de l'autre, elle n'atteint pas le veuf qui peut aussitôt se remarier. J'ajoute que le soupçon de *turbatio sanguinis*, qui subsiste au cas de dissolution du mariage *par le divorce*, n'entraîne pas pour la femme divorcée une simple prohibition de se remarier, mais crée un véritable empêchement dirimant : le mariage en pareil cas est nul, sans infamie (arg. 12, D. 3, 2).

La durée de l'année de viduité fut variable. Elle resta longtemps de dix mois : exactement le même délai que celui pendant lequel la femme doit *porter le deuil* de son mari. (PAUL, Sent. I, 21, § 13) : cette ressemblance a pu amener des auteurs à confondre les deux hypothèses. — Une constitution de 381 porte ce délai à douze mois (2, C. 5, 9).

Quant aux personnes notées d'infamie pour avoir participé à ces secondes noces, la loi a dû subir des changements sur ce point, car les textes présentent plusieurs obscurités.

La veuve remariée — nous l'avons déjà remarqué, — n'est point déclarée infâme par l'édit : comme la femme qui entreint l'obligation de porter deuil, elle est déclarée *famosa*, et c'est postérieurement à l'édit que cette *famositas*, prononcée formellement contre elle par les lois caducaires, se confond avec l'infamie : *infamia notatur... « quae... viro mortuo, intra id tempus quo elugere virum moris est, nupserit. »* (Vat, § 320) (c).

D'autres personnes que la veuve sont notées d'infamie, pourvu qu'en donnant leurs concours à son mariage, elles aient agi sciemment, connaissant la situation de celle-ci :

1^o *L'époux*. — Mais le fils en puissance qui ne contracte mariage que sur l'ordre ou avec l'autorisation tacite de son père, n'est pas noté. Dans ce cas, l'infamie rejaillit sur :

2^o *Le père de l'époux*. — La simple ratification donnée à un mariage contracté antérieurement et à son insu n'équivaut pas à un concours réel ; la *turbatio sanguinis* a pu s'opérer sans la faute du père : l'infamie frappe non le père, mais le fils (13, pr. D. 3, 2).

3^o *Le père de la veuve* « *qui eam ... genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere virum moris est, ANTEQUAM VIRUM ELUGERET, in matrimonium collocaverit.* » (a). Ce texte peut grammaticalement s'interpréter en deux sens, dont un seul est raisonnable. On peut traduire d'abord : est noté d'infamie le père qui, connaissant la mort de son gendre, a donné sa fille en mariage durant le temps où l'usage veut qu'une femme pleure son mari, et avant qu'elle ne l'ait pleuré. Les mots *antequam virum elugeret* forment un pléonasmisme ; et le *cum mortuum esse sciret* entraînerait cette conséquence inverse, que le père qui saurait son gendre vivant, et consentirait à un second mariage de sa fille, ne serait point puni pour avoir voulu la rendre bigame. — Voici le sens raisonnable de cette phrase : est infâme, le père qui apprend, — durant l'année de deuil, — la mort de son gendre, et qui marie sa fille avant que le temps du deuil ne soit écoulé. Si donc, mal renseigné sur l'époque du décès de son gendre, un père croit que le temps du deuil est fini tandis qu'il ne l'est pas en réalité, ce père aura, sans encourir l'infamie, autorisé sa fille à contracter mariage.

Voici maintenant, pour terminer, deux cas d'infamie établis en 536 contre les femmes veuves par l'empereur Justinien. Les faits incriminés sont assimilés par lui à une violation de la loi du deuil.

En premier lieu, il déclare infâme la mère tutrice de ses enfants qui, au mépris du serment qu'elle a dû prêter à cet effet en entrant en charge, se remarie avant d'avoir fait nommer un nouveau tuteur et rendu ses comptes. (Nov. 22, ch. 40).

En second lieu, il inflige la même peine à toute femme veuve à qui il naît, durant l'année de deuil, un enfant non protégé par la présomption *pater is quem nuptiæ demonstrant* (Nov. 39, ch. 2). La femme qui se livre à l'inconduite ne doit point jouir d'une immunité refusée à celle qui se remarie au mépris de la loi du deuil. Le motif, on le voit, est d'une portée plus générale que la disposition qui en résulte. L'inconduite de la femme, si scandaleuse qu'elle soit, n'est point punie tant qu'elle ne se traduise par le fait public d'une procréation illégitime. A notre avis il serait contraire aux principes du droit criminel d'étendre cette disposition, et de déclarer infâme toute veuve qui entretiendrait un commerce charnel avec un homme.

III. — *Bigamie*. — Outre les peines auxquelles peut donner lieu une condamnation pour un pareil délit, le coupable est infâme de plein droit et sans jugement. (1, D. 3, 2). Sans doute la seconde union contractée est nulle; mais il serait évidemment trop naïf d'invoquer cette nullité pour se soustraire à l'infamie.

Si les personnes qui ont conclu un double mariage sont *alieni juris*, quels seront les coupables?

Le père de la femme, tout d'abord;

Le père du mari, à moins que le mariage n'ait eu lieu soit à son insu, soit malgré son opposition;

Le mari, à moins que son père n'ait conclu le mariage sans lui, ou qu'il ne l'ait contraint ou poussé à le conclure. — Ici, comme dans le cas précédent, et pour les mêmes motifs, l'édit ne soumet point l'épouse à l'infamie.

Ajoutons que les doubles fiançailles, ou les fiançailles contractées par une personne mariée produisent, quant à l'infamie, exactement le même effet que les doubles noces (13. 2 et 3, D. 3, 2).

IV. — *Adultère de la femme*. — Nous avons vu que la femme adultère est de plein droit notée comme si elle avait été condamnée (*quasi judicio publico damnata*). On sait qu'il n'en est pas de même de son complice, à l'égard duquel une condamnation est nécessaire.

V. — *Venditio bonorum*. — Cette voie d'exécution, malgré sa rigueur, était un adoucissement et un progrès réalisé sur le droit primitif. A la mise en gage de la personne du débiteur succédait la mise en possession de son patrimoine ; à la *venditio debitoris trans Tiberim* et au fameux « *partes secanto* » de la loi des XII Tables se substituait la *missio in possessionem* et la vente de ses biens. La liberté était donc conservée : mais par une concession faite au vieux droit, l'*existimatio* était altérée. Des sources anciennes déclarent le débiteur infâme (Cic., *pro Quinctio*, 15 ; *Tab. heracl.* lin. 113-117). Il faut croire que le déshonneur qui s'attachait à cette vente était bien grave, puisqu'il se perpétuait au delà de la tombe. GARUS (II, 154) présente l'institution des esclaves héritiers nécessaires comme un moyen imaginé pour soustraire la mémoire des défunts insolubles au déshonneur posthume qu'entraîne cette vente.

L'esclave ainsi institué devenait, *etiam invitus*, le représentant de la personne et le titulaire du patrimoine du défunt. Comme représentant de la personne, c'est contre

lui que s'exerçaient les poursuites, c'est son nom qui figurait aux affiches (*proscriptio*), c'est lui qui encourait le déshonneur et l'infamie. SABINUS, il est vrai, avait proposé qu'on l'en exemptât : l'infamie, en somme, est une peine, et l'esclave n'est coupable d'aucune faute : *quia non vitio suo sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur* (GAIUS, *ib.*). Mais cette raison d'équité n'était pas admise. Les jurisconsultes, poussant jusqu'à l'extrême l'identification des deux personnes du maître et de l'esclave, regardaient celui-ci comme ayant commis, par la personne de celui-là, les fautes qui le conduisaient à l'insolvabilité et à la faillite. La condition d'infâme était d'ailleurs un progrès pour lui, comparée à son ancienne condition d'esclave. Comme titulaire du patrimoine, l'esclave était dans une situation fort précaire : dépouillé de tout l'actif de ce patrimoine, il restait débiteur de tout l'excédent du passif, et soumis comme tel aux poursuites perpétuelles des créanciers sur ses biens à venir. Aussi l'attention du prêteur se porta-t-elle d'abord de ce côté. La *bonorum separatio* vint mettre l'institué à l'abri de ces poursuites en l'affranchissant de toute obligation personnelle envers les créanciers héréditaires. Elle n'influa d'ailleurs en rien sur la condition sociale de l'héritier nécessaire, toujours soumis à l'infamie.

Grâce à la *bonorum separatio*, l'esclave institué se trouvait dans une situation matérielle préférable à celle de tous autres débiteurs insolvables. Les mêmes raisons d'humanité militaient pourtant en faveur de ces derniers : il fallait leur épargner les conséquences rigoureuses d'une *bonorum venditio*. Un bénéfice analogue au précédent, mais de portée plus large, d'effets plus étendus, fut donné à tout débiteur, et par suite à l'esclave lui-même, s'il n'invoquait pas la *bonorum separatio*. Une loi Julia *judiciaria*, rendue sous Auguste, permit au débiteur d'échapper aux plus rigoureuses de ces conséquences, par

l'abandon fait à ses créanciers de la totalité de ses biens. La cession de biens, *bonorum cessio*, entraîne-t-elle oui ou non l'infamie ? Telle est la seule question que nous ayons à résoudre en cette matière.

L'affirmative est soutenue : la cession de biens n'apporterait donc aucune amélioration à la condition personnelle de l'insolvable. On invoque CICÉRON (*l. cit.*), qui attache la note non pas à la vente définitive des biens, mais à l'envoi en possession qui la précède. Or, d'après GAIUS (III, 78 et 79), l'envoi en possession se retrouve dans la procédure de la cession de biens : l'infamie semble donc en devoir résulter. On invoque aussi la nouvelle 135, d'après laquelle le débiteur serait soumis ἀσχημοσύνης ἐνεοδισμόν, et mènerait ἀσχήμονα τὸν βίον : ces expressions sont, dit-on, la traduction exacte de celle d'infamie (IGNOMINIAE *opprobrio*, IGNOMINIOSAM *vitam*).

La négative nous semble préférable. On a tort de prendre le langage de Cicéron aussi fort à la lettre. S'il attache l'infamie à l'envoi en possession, c'est que cet envoi accompagne forcément la *venditio*, qu'il en est le préliminaire obligé, et la formalité la plus saillante. Cicéron ne sépare pas dans sa pensée les deux formalités l'une de l'autre. Quant à Gaius, au livre II, § 154, il ne déclare infamante que la *bonorum venditio*. Enfin, pour le texte grec de la nouvelle 135, il est peu précis dans ses termes : il est beaucoup plus probable qu'il attache simplement à la condition du débiteur faisant cession de biens une idée de honte, de vie misérable (CONTUMELIAE *opprobrio premi*, INDECENTEM *vitam amplecti*).

L'argument décisif qui nous pousse à déclarer la *bonorum cessio* non infamante, consiste dans les paroles formelles d'ALEXANDRE SÉVÈRE (11, C. 2, 12) : « *Debitorum qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint,*

INFAMES NON FIUNT. » La constitution 8, C. 7, 71 confirme cette décision.

Quant à la *bonorum distractio*, ou vente en détail, elle fut créée comme mesure de faveur au profit de certains débiteurs privilégiés : à plus forte raison leur épargna-t-elle l'infamie.

§ 3. — *Infamie attachée à certains faits par les
constitutions impériales*

En voici la simple énumération. Sont infâmes de plein droit :

1^o L'accusateur qui laisse périmer une action criminelle. C'est ce que les textes appellent « *tergiversatio* ». Il est traité comme s'il avait été condamné *judicio publico calumnie causa* (Sénatuscons. Turpillien : 6, 3, D. 50, 2).

2^o Le contumax, en cas de *crimen publicum* (3, C. 9, 40). Autrefois le contumax était jugé et condamné par défaut. SÉVÈRE et ANTONIN décident qu'un *programma criminale* ou sommation de comparaître sera décerné contre lui ; il prend dès lors le nom de « *requirendus* ADNOTATUS. »

3^o Les fils de *perduelles*. — Le crime de lèse-majesté ou *perduellio* consiste, dans le dernier état du droit, à organiser ou tenter d'organiser une faction, un attentat à main armée contre le prince ou les sénateurs, ou bien à y prêter la main (5, pr. C. 9, 8). Les coupables sont punis de mort et leurs biens sont confisqués. Quant à leurs fils, *in quibus paterni, id est hæreditarii criminis exempla metuuntur*, ils sont notés d'infamie : il en est de même de ceux qui intercédéraient auprès du souverain en faveur des coupables (5, 1 à 6, C. h. t.). Mais les petits-fils, les filles, la femme du *perduellis* ne sont point notés.

4° Le juge, pour certaines fautes commises dans l'exercice de ses fonctions :

A) Sentence inique rendue par faveur ou corruption (2, C. 7, 49).

B) Omission volontaire de certaines pièces dans le dossier envoyé à l'empereur (15, C. 7, 62).

C) Défaut de surveillance contre les geôliers qui maltraitent les individus en prison préventive (1, 1, C. 9, 4).

D) Torture infligée à un décurion. (33, C. 10, 31).

5° L'avocat qui commet une injure envers son adversaire (6, 1, C. 2, 6).

6° L'*advocatus fisci* qui soutient un procès contre le fisc, pour toute autre personne que son fils, son petit-fils ou son affranchi (10, pr. D. 1, 3).

7° L'avocat *qui lucro pecuniaque capiatur* (5 ; 6, § 5, C. 2, 6). Il peut demander des honoraires raisonnables, mais non réclamer une part dans les bénéfices du procès (*pactum de quota litis* : 53, D. 2, 14), ou exiger à titre d'honoraires une somme trop forte (*licita quantitas intelligitur pro singulis causis ad CENTUM AUREOS* : 10 à 13, D. 50, 13). La sanction de cette prohibition est-elle positivement l'infamie ? N'est-ce au contraire qu'une déchéance présentant les caractères indécis de l'*infamia facti* ? Le peu de précision des termes employés ne permet pas d'y répondre en toute certitude : « *veluti abjecti atque degeneres INTER VILISSIMOS numerabuntur.* »

8° La personne majeure de 25 ans, homme ou femme, qui, ayant consenti librement, sans contrainte, et sous la foi du serment, un pacte ou une transaction, y contrevient soit par des sollicitations faites au juge, soit par une supplique adressée au prince, soit par un manquement quelconque à la parole donnée. (41, C. 2, 4).

9° L'appelant qui succombe en appel (19, C. 7, 62), ou qui injurie le juge d'appel (42, D. 47, 10).

10° Celui qui adresse une *supplicatio* au prince sans user de la voie de l'appel, quand celle-ci lui est ouverte (3, C. 1, 21).

11° D'une manière plus générale, quiconque essaie, au moyen d'une *supplicatio*, d'éluder la loi, et d'obtenir du prince une disposition de faveur (un. C. 1, 16). La sanction de cette disposition est ainsi conçue « *et DAMNATUS AMBITUS CRIMINE maneat infamis*. On peut donc croire à la nécessité d'un *judicium criminale* et d'une condamnation, et à un cas d'*infamia mediata*. Nous l'étudions néanmoins à cette place, parce qu'il est difficile de préciser le caractère de cette accusation. Est-ce un *judicium extra ordinem*, créé spécialement par VALENTINIEN contre le *supplicans*? c'est plus conforme aux principes : l'empereur, en effet, ne crée pas des *judicia publica*, mais des *judicia extraordinaria*. Est-ce le *judicium publicum de ambitu* étendu par notre constitution? Cela semble résulter de ses termes (*damnatus... maneat*). J'y vois un indice de la confusion qui, dès cet empereur, tendait à s'opérer entre les deux procédures criminelles.

12° Celui qui commet le délit d'usure ou d'anatocisme (20, C. 2, 12).

13° Les sénateurs, duumvirs et autres dignitaires qui ayant eu des enfants de femmes de bas étage avec qui le mariage leur est interdit, voudraient les donner pour légitimes et les avantager comme tels (1, C. 5, 27). On verra plus tard que Justinien supprima cette cause d'infamie (Nov. 89, ch. 15).

14° Ceux qui donnent asile à un décurion pour lui permettre de se dérober à ses fonctions (31, C. 10, 31).

15° Ceux qui, sans satisfaire aux conditions de capacité requises (7, C. 10, 52), ouvrent un cours public et y enseignent sans autorisation (un. C. 11, 18).

16° Ceux qui interprètent dans un sens malveillant les rescrits ou privilèges émanés du prince (2, C. 1, 14).

CHAPITRE TROISIÈME

DROIT CLASSIQUE — EFFETS DE L'INFAMIE

Nous connaissons, autant qu'il est possible, les origines de la notion d'infamie. Institution traditionnelle selon toute vraisemblance, elle fut appliquée et réglementée par deux magistrats : le censeur et le préteur. Cette double influence se manifeste dans la nature des déchéances qu'elle entraîne, déchéances qui portent et sur la capacité politique et sur la capacité judiciaire. Des deux magistratures, l'une se disloque, l'autre voit s'augmenter ses attributions ; les diverses situations infamantes se fondent en une seule qui est proprement l'*infamia juris* du droit classique. Plus tard, aux déchéances anciennes, viennent s'en ajouter d'autres qui modifient sensiblement le caractère de l'institution.

Cette évolution parcourue, il importe d'étudier l'infamie dans ses effets comme nous l'avons étudiée dans ses causes, abstraction faite de la question de temps, en nous plaçant à l'époque où elle est arrivée à son plein développement : l'époque classique. Après avoir énuméré et commenté ces effets, il conviendra d'en marquer le point de départ, et d'en fixer la durée.

§ 1. — *Incapacités politiques.*

Quelle que soit la théorie admise sur la cause qui entraîne, sur l'autorité qui prononce à l'origine ces incapacités, les auteurs sont forcés de constater finalement les mêmes résultats.

En droit classique, la censure n'existe plus, le droit de suffrage n'est qu'un souvenir : l'empereur s'est substitué aux comices pour nommer aux fonctions et faire la loi. Sur ce point, hommes d'*existimatio* intacte, hommes d'*existimatio* amoindrie, tous sont égaux en déchéance.

Le *jus honorum* subsiste. La perte *des honneurs* a été la plus logique, et sans doute la première des déchéances attachées à la perte *de l'honneur*. Voilà pourquoi elle persiste si longtemps comme conséquence de l'infamie. Je remarque seulement que l'empereur, en nommant aux dignités, se constitue par le fait même juge de l'*existimatio* des candidats. L'infamie devient dès lors en matière politique une question d'appréciation personnelle du prince, bien plus qu'une déchéance fixe de la loi. Il semble qu'elle se ressente de son origine d'*infamia facti* et qu'elle tende fatalement à en reprendre les caractères.

Ainsi l'empereur n'exclut pas seulement des dignités les infâmes proprement dits, mais d'autres personnes dont l'honorabilité lui semble douteuse. De là le texte de CONSTANTIN : « *neque FAMOSIS et NOTATIS et quos SCELUS aut VITAE TURPITUDO inquinat, et quos INFAMIA ab honestorum cœtu segregat, dignitatis portæ patebunt* » (2, C. 12, 1). Ainsi encore l'empereur éprouve-t-il la nécessité de préciser de quelles dignités il écarte ces diverses personnes. Les textes interdisent spécialement à l'infâme : les fonctions d'*assessor*, ou conseiller soit du magistrat, soit de

l'empereur (2, D. 4, 22), de *legatus reipublicæ* (4, 1, D. 50, 7) de sénateur, de *decurio* (1, D. 48, 7), etc.

Je rappelle que la condition défavorable de l'infâme ne lui permettait point de figurer sur la liste des *selecti iudices* que rédigeait le préteur, et par suite d'exercer les fonctions de juge, peut-être même celles d'arbitre et de *recuperator*.

Enfin on peut rattacher aux incapacités politiques l'exclusion de l'armée, prononcée non d'une manière générale, mais contre certaines catégories d'infâmes : *ignominia missi*, adultères, *judicio publico damnati* (6, D. 49, 16).

§ 2. — Incapacité judiciaire.

L'interdiction de postuler pour autrui, établie par le préteur, devait se maintenir dans toute sa rigueur à une époque comme celle du droit classique, qui est l'époque du droit prétorien arrivé à son apogée. L'édit distingue, nous le savons déjà, les *turpitudine notabiles* des simples infâmes (1. 5 à 9, D. 3, 1). Les premiers sont absolument incapables de postuler pour un autre que pour eux-mêmes; ils ont seulement le droit d'agir *pro pupillo*, s'ils sont tuteurs ou curateurs (1, 6, D. 3, 1). Sont compris dans cette catégorie : les *judicio publico damnati*, les *muliebria passi*, et ceux *qui operas ut cum bestiis depugnarent, locaverint*.

Le reste des infâmes est frappé d'une incapacité de même nature, mais moins étendue : ils peuvent plaider, selon l'énumération du préteur (1, 8 et 11, D. 3, 1), complétée par GAIUS (2, D. 3, 1) : « *pro parente, patrono, patrona liberis parentibusque patroni patronæ... liberisve suis, fratre, sorore, socero, socru, nuru, vitrico* (parâtre). *noverca* (marâtre), *privigno* (beau-fils, fils de la veuve

remariée), *privigna*, *pupillo*, *pupilla*, *furioso*, *furiosa* (fous furieux), *fatuo*, *fatua* (maniaques), *quum istis quoque personis curator detur*. » Leur incapacité cesse, en deux mots, à l'égard des personnes qui leur sont unies par un lien de patronat, de parenté directe ou à titre de frère et sœur, d'alliance actuelle (3, 1, D. h. t.) en ligne directe, de tutelle ou de curatelle.

Remarquons aussi que l'infâme peut, pour toute personne, jouer dans une *liberalis causa* le rôle d'*assertor libertatis*. Le prêteur frappe seulement ici d'une incapacité de fait les *assertores* qui lui semblent suspects (*Vat.*, 324).

Le motif de l'incapacité de postuler est d'intérêt supérieur, d'ordre public : le magistrat veut, en l'établissant, sauvegarder la dignité de son tribunal. Le consentement de la partie adverse ne peut lever l'incapacité.

A cette première déchéance, les *fragmenta vaticana* (§ 322), confirmés par les Institutes (11, Inst. 4, 3), en ajoutent une seconde que ne mentionne pas le texte de l'édit rapporté au digeste : incapable de postuler pour autrui, l'infâme ne peut également postuler par autrui. Il lui est interdit de plaider comme procureur et par procureur. « *Verba autem edicti hæc sunt : Alieno nomine : item PER ALIOS agendi potestatem non faciam in his causis in quibus NE DENT cognitores neve dentur, edictum comprehendit.* » Le motif de cette déchéance ne peut plus être le souci de la dignité du prêteur, devant qui l'infâme ne comparait pas. Elle n'a pour mobile qu'un parti pris peut-être exagéré, et est établie seulement dans l'intérêt de la partie adverse : aussi, à la différence de la précédente, le magistrat ne paraît-il pas l'avoir jamais appliquée d'office.

Cette double entrave mise à la représentation judiciaire, offrait, dans l'ancien droit romain plus qu'ailleurs, une importance considérable. On sait que dans ce droit, les créances sont *incessibles*. Pour tourner cette rigoureuse

prohibition, on a recours au mandat judiciaire, à la *cognitio* et plus tard à la *procuratio in rem suam*. Celui qui veut aliéner une créance donne mandat au cessionnaire d'intenter l'action résultant de cette créance, et le dispense de rendre compte. Ces deux formes du mandat judiciaire, bien qu'elles diffèrent et par leur mode de constitution, et par leurs effets, sont toutes deux interdites à l'infâme (1 et 3, PAUL, I, 2). Toutes deux, elles nécessitent une modification dans la rédaction de la formule : l'*intentio* doit être rédigée au nom du représenté, la *condemnatio* au nom du représentant. C'est cette modification qui n'est pas possible pour l'infâme : il ne peut plaider ni comme représentant ni par représentant : il faut donc que son nom figure aux deux parties de la formule ou n'y figure pas du tout. Ainsi, dans la rigueur des principes, l'infâme ne peut être cédant ni cessionnaire de créance.

Cette rigueur s'atténua à l'apparition des actions utiles. Dans la formule de celles-ci, le demandeur figure bien à l'*intentio* comme à la *condemnatio*. Il plaide à la fois en son nom et pour son compte. Si l'infâme a acquis une créance, il agira utilement *suo nomine* ; s'il en a cédé une, son cessionnaire fera de même. L'incapacité de l'infâme se restreint désormais à plaider en justice soit comme mandataire et *in rem alienam*, soit par mandataire et *in rem suam*.

Dans ces limites, cette incapacité emporte encore pour l'infâme l'inaptitude à exercer une action populaire (4, D. 47, 23) ou une accusation publique (4 et 8, D. 48, 2 ; 15, C. 9, 1). L'action populaire, comme l'action publique, appartient à tout le monde. Le demandeur y agit comme *procurator* du peuple : ainsi s'explique l'incapacité de l'infâme. On sait qu'une double différence sépare l'action populaire de l'action publique. D'abord, la première est une action privée et suit la procédure ordinaire en

matière d'actions privées ; la procédure des actions publiques est la procédure accusatoire réservée aux affaires criminelles. Ensuite, l'action publique aboutit à une peine, à une satisfaction donnée à la société ; la condamnation prononcée à la suite d'une action populaire est toujours exclusivement attribuée comme satisfaction au demandeur. — L'incapacité de l'infâme a une limite : si, dans l'action populaire ou publique, il a lui-même un intérêt engagé, il redevient capable, car il agit *suo nomine* : « le *judicio publico damnatus*, — dit le § 4, D. 48, 2, — n'a pas le droit d'accuser, *nisi liberorum vel patronorum suorum mortem eo judicio*, VEL REM SUAM *exsequatur*. »

Que le magistrat puisse, de sa propre initiative, repousser l'infâme incapable de plaider *alieno nomine*, rien de mieux. Mais s'il n'existe pas au profit du défendeur contre qui la poursuite est mal à propos dirigée, un moyen de droit à opposer à son adversaire, il faut reconnaître que la déchéance de l'infâme est bien plus une question de fait, de bon plaisir du magistrat, qu'une véritable incapacité. Or, ce moyen de droit existe. Contre l'infâme qui postule pour un tiers, contre le tiers qui postule pour un infâme, le défendeur a deux exceptions dilatoires *ex persona* : les *exceptiones cognitoria* ou *procuratoria*, suivant la qualité de *cognitor* ou de *procurator* qu'aura le représentant à qui elles sont opposées. (GAIUS, IV, 124). Le caractère dilatoire des deux exceptions amène une double conséquence : 1^o jusqu'à la *litis contestatio*, le droit reste intact ; l'action peut être intentée à nouveau par un demandeur capable. 2^o A partir de la *litis contestatio*, l'exception est couverte, du moins à l'égard de la partie privée : la procédure est valablement engagée entre elle et le demandeur. (arg. 8, 2, D. 3, 3).

Ici encore, nous allons voir l'infamie décliner et perdre son caractère d'institution de droit.

JUSTINIEN, s'il ne supprime pas entièrement les exceptions, en paralyse singulièrement l'effet : « ... *eas vero exceptiones ... cum in judiciis* FREQUENTARI NULO MODO *perspeximus*, CONQUIESCERE SANCIMUS ; *ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur* » (11, Inst. 4, 13). Deux expressions, dans ce texte, sont amphibologiques. Que veut dire en premier lieu *frequentari nullo modo* ? Que les exceptions étaient tombées en désuétude ? Alors une disposition de loi comme celle-ci n'était pas nécessaire pour les abroger ou les modifier. Selon nous, Justinien remarque que les cas d'application de ces exceptions étaient rares, sans doute parce que les plaideurs sérieux et de bonne foi s'absteinaient de les invoquer. On ne s'en servait que comme moyens de chicane, pour trainer les procès en longueur (*disputatio proteletur*). Tel est le motif probable d'une décision dont le sens est lui-même controversé. En effet, que signifie le *conquiescere sancimus* ? Dira-t-on que les exceptions sont abolies ? Un obstacle décisif s'y oppose. Le Code, dont la dernière rédaction (534) est postérieure à celle des Institutes (533), ne fait pas mention de cette abolition. Dès lors, il vaut mieux croire que Justinien laisse au juge l'appréciation des faits ; qu'il lui permet de repousser *à priori* une exception de ce genre, si le juge la croit soulevée mal à propos, et dans le seul but de gagner du temps. L'exception *procuratoria* n'est donc plus un moyen de droit, c'est un appel à l'équité du juge, dont la décision est souveraine.

§ 3. — Conséquence de l'infamie en droit pénal.

Les infâmes sont soumis à des peines plus sévères que les citoyens honorables (28, 16, D. 48, 19) ; mais ce n'est

là qu'un usage; ce n'est pas un effet juridique attaché à leur condition sociale. La seule disposition *de droit* pénal qui les concerne se trouve dans la loi *Julia de adulteriis*. On sait qu'un père de famille qui surprend sa fille mariée en flagrant délit d'adultère, peut, sans commettre de délit, tuer sur le champ son complice. Le même droit n'appartient pas en principe au mari; mais, par exception, la loi le lui concède si le complice appartient à certaines catégories d'infâmes (24, pr. D. 48, 5).

§ 4. — *Conséquence touchant les rapports de patron
à affranchi.*

Un affranchi auquel il naît deux enfants en légitime mariage est libéré par les lois caducaires des *operæ* qu'il doit à son patron. Cette faveur est refusée à l'infâme « *qui artem ludicram fecit, quive operas suas ut cum bestiis pugnaret, locaverit* » (37, pr. D. 38, 1).

§ 5. — *L'infamie influe-t-elle sur la capacité d'être témoin?*

Plaçons-nous d'abord en droit classique. Le témoignage peut être judiciaire et servir comme moyen de preuve; il peut être extrajudiciaire et servir à la confection des actes publics, des testaments.

En justice, l'infâme n'est point, *ipso facto*, déchu du droit de témoigner (3, D. 22, 5). Des dispositions spéciales en privent certaines catégories d'infâmes : les *judicio publico damnati*, les gladiateurs, les prostituées ne peuvent témoigner en matière criminelle. D'ailleurs, Rome ne connut jamais la théorie des preuves légales : pour les autres infâmes comme pour tout témoin, le juge put tou-

jours, selon sa conscience, accorder à leur témoignage la confiance dont il les croyait dignes.

Dans un acte public, spécialement dans un testament, l'infâme peut-il figurer comme témoin? On lit aux Institutes : « *Nec is quem leges jubent IMPROBUM INTSTABILEMQUE esse, potest in numero testium adhiberi.* » Si les expressions soulignées équivalent à celle d'*infamis*, sans aucun doute l'incapacité existe. Mais convient-il d'établir cette synonymie?

AULU-GELLE (XV, 13) rapporte un fragment de la loi des XII tables qui a trait à cette pénalité : « QUI SE SIERIT TESTARIER, LIBRIPENSVE FUERIT, NI TESTAMENTUM FARIATUR, IMPROBUS ET INTSTABILIS ESTO. » Dans leur sens étymologique, ces expressions signifient tout simplement : incapable de faire preuve, de témoigner, peut-être aussi d'invoquer le témoignage d'autrui. GAIUS relève précisément ce double sens comme s'adaptant à la disposition ci-dessus (26, D. 20, 1) : il fait de la peine d'*intestabilis* le châtement du refus de témoigner. Mais à la longue, la notion de cette peine se dénatura; de même que le mot *testamentum*, qui à l'origine signifiait témoignage, finit par désigner le testament, acte testimonial par excellence, le mot *intestabilis* finit par désigner l'incapacité de figurer activement et passivement dans un testament (THÉOPHILE, sur le § 6, Inst. 2, 10).

A quelque époque que l'on se place, il y a loin de la condition de l'*intestabilis* à celle de l'infâme : les deux situations ne sont pas les mêmes. Rien ne prouve, d'ailleurs, qu'elles soient incompatibles. On trouve des infâmes qui sont en même temps *intestabiles* : les adultères, les concussionnaires (14; 15; 21, pr. D. 22, 5). Remarquons que ceux-ci ont commis une tromperie, ce qui explique la mise en défiance de leur témoignage. Le motif de ces déchéances, leur caractère exceptionnel montre que la

capacité d'être témoin reste aux infâmes. ULPYEN ne fait que confirmer cette donnée (20, 5, D. 28, 1) : « *Eum qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse existimo*, QUONIAM IN JUDICIO TESTIS ESSE VETATUR. » Il n'est pas besoin de corriger ce texte pour l'interpréter. Le jurisconsulte remarque un fait : c'est que la personne condamnée en vertu de la loi Julia *repetundarum* ne peut, (comme tout *judicio publico damnatus*), témoigner en justice. Quant à être témoin dans un testament, à son avis (*existimo*), rien ne le lui défend, sa capacité est conservée. Le *quoniam* ne doit pas être interprété comme exprimant le motif de l'avis d'Ulprien ; c'est un lien grammatical sans signification bien précise, qui relie deux propositions que le jurisconsulte veut opposer l'une à l'autre.

JUSTINIEN s'occupe de la matière dans un texte connu (Nov. 90, ch. 1) : « *Sancimus ut testes bonæ existimationis sint*. » L'infâme est-il dès ce moment incapable de témoigner ? On l'a soutenu, et à tort, croyons-nous. L'empereur, en effet, ne frappe pas seulement les infâmes, mais d'autres personnes atteintes d'une déconsidération *de fait*. En outre il ne rejette pas absolument leur témoignage : « *si tales non sint*, — dit-il, — *ab aliis tamen quod fide digni sint testimonium habeant* : si leur réputation n'est pas intacte, qu'on en interroge d'autres, au témoignage desquels on puisse se fier (mot à mot : qu'on demande à d'autres un témoignage touchant lequel ceux-ci soient dignes de foi). » Mais il peut se faire que d'autres témoins n'existent pas, et Justinien se tait sur cette hypothèse. Le juge se trouvant réduit au seul témoignage de personnes infâmes ne devra-t-il pas au moins les entendre ? Nous croyons que si. La constitution n'est pas si absolue ; elle donne au juge tout pouvoir d'appréciation sur la valeur des témoignages, en lui recommandant seulement une grande défiance pour celui des infâmes. La valeur effec-

tive de ce témoignage reste liée aux circonstances de la cause. C'est une question d'appréciation pour le juge, non d'incapacité pour le témoin.

§ 6. — *L'infamie influe-t-elle sur la capacité de recevoir par testament ?*

Cette question est aujourd'hui beaucoup moins controversée que la précédente. Les auteurs s'accordent, en général, sur les deux points qui suivent :

1° Les frères et sœurs germains ou consanguins d'un testateur peuvent intenter la *querela inofficiosi* contre son testament, si le choix de l'héritier présente pour eux un caractère offensant. JUSTINIEN (27, C. 3, 28) cite à titre d'exemple, le choix de gens « *qui infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adspersantur.* »

2° L'appréciation de l'offense est une question de fait. Le juge n'est nullement lié par les exemples cités, car les termes dont se sert l'empereur n'ont rien d'absolu ni d'obligatoire. Les qualités personnelles du *querelans*, son honorabilité comparée à celle de l'institué doivent être prises en considération. Le juge peut repousser la *querela* dirigée contre un infâme par une personne d'honorabilité douteuse, comme il peut l'accueillir contre un homme qui, sans être infâme, ne serait pas d'une honorabilité irréprochable. Il n'y a donc pas encore ici d'incapacité *nécessaire* attachée à l'infamie.

§ 7. — *Application de l'infamie aux femmes.*

Nous avons réservé cette question, qui touche par plus d'un côté à l'histoire et à la nature de l'infamie. L'application de l'infamie aux femmes donne lieu en effet à

des problèmes assez délicats, dont il est impossible de diviser l'étude.

La femme, comme le dit PAPINIEN (9, D. 1, 5), resta toujours à Rome dans une condition inférieure (*deterior*) à celle de l'homme. Jamais elle ne jouit de la capacité politique, ni de la capacité de postuler pour autrui (1, 5, D. 3, 1). Tant que l'infamie se réduisit à la privation de ces deux capacités, elle fut sans action sur la femme, ne pouvant lui ôter ce que celle-ci n'avait pas. Sans doute l'*uxor*, la matrone romaine avait son *existimatio*, sa proverbiale austérité dont elle était fière, son honneur, qui mettait un abîme entre elle et la femme perdue. Mais toute la différence était dans les mœurs, plus fortes d'ailleurs que les lois. Quand les mœurs se relâchèrent, qu'on vit la courtisane prendre rang dans les familles à côté de la *mulier honesta*, les lois essayèrent d'intervenir, et de replacer chacune à son rang. Ce fut une des préoccupations qui, sous Auguste, animèrent les auteurs des lois caducaires. Dans le but de pousser au mariage légitime, ils voulurent non seulement en faire dépendre les avantages matériels, mais essayer aussi d'en enlever le prestige. La loi Julia *de maritandis ordinibus* crut atteindre ce but en prohibant certaines unions scandaleuses, quoique légitimes, et en fermant l'entrée des familles romaines à certaines catégories de femmes, qualifiées par elle de *famosæ*.

En premier lieu, elle défendit à tout ingénu d'épouser 1^o une *lena*, 2^o l'affranchie d'un *leno*, 3^o une femme surprise en adultère, 4^o une condamnée soit *judicio publico*, soit par le sénat, 5^o une comédienne, 6^o une prostituée : la loi 13, D. 23, 2 la met sur le même pied qu'une *lena*.

En second lieu, dépassant peut-être son but primitif, elle ajouta pour les sénateurs ou les personnes de famille sénatoriale, sans distinction de sexe, la prohibition d'épouser

des personnes soit affranchies, soit nées de parents comédiens.

L'origine de ces déchéances, leur nature, comme leurs conséquences que nous allons voir, diffèrent donc entièrement de celles de l'infamie. Mais comme les causes qui les entraînent l'une et l'autre présentent beaucoup d'analogie, (profession de *lena*, condamnation *judicio publico*), il y eut, parmi les jurisconsultes, une tendance de plus en plus accentuée à étendre les effets de l'une à l'autre. On appliqua les incapacités de la loi Julia, non-seulement aux femmes énumérées par cette loi, mais aussi à toutes celles qui, d'après l'édit, se trouveraient dans un cas d'infamie. On alla plus loin, on appliqua aux *mulieres famosæ* les incapacités de l'infamie. Aussi l'édit, qui au temps de son rédacteur SALVIUS JULIEN, ne frappait d'infamie que les hommes (1, D. 3, 2) complète-t-il sa liste. La retouche postérieure que nous en possédons (*Val.* § 320) déclare infâme celle « *quæ virum parentes liberosve suos... non eluxerit.* » On peut donner plusieurs raisons de ce fait : peut-être le préteur en notant certaines femmes d'infamie, l'a-t-il fait sans intention précise, englobant les infâmes et les *famosæ* dans une liste unique de personnes dont les torts sont analogues, dont l'*existimatio* est également amoindrie ; peut-être, — c'est notre avis, — a-t-il voulu leur faire encourir les déchéances attachées postérieurement à l'infamie : aggravation des peines, maintien des *operæ liberti*, *querela inofficiosi* possible contre le testament qui les institue.

C'est une grave et célèbre question que celle de la sanction posée par la loi Julia à ses prohibitions de mariage. L'union contractée est-elle nulle ou valable ? Avant d'y répondre, notons qu'en dehors de la nullité, la loi emporte une double sanction, l'une certaine, l'autre déjà controversée à Rome.

1^o Les personnes qui contractent l'union prohibée sont privées l'une à l'égard de l'autre du *jus capiendi ex testamento* : « *Vir et uxor*, — dit ULPEN, (*Reg.* 16, 2), — *nil inter se capiunt.* » Les libéralités qu'elles se font mutuellement sont frappées de caducité.

2^o On sait que certaines prérogatives connues sous le nom de *jus liberorum* sont accordées par les lois caducaires aux personnes ayant trois enfants nés de justes noces (*justi liberi*). Les Romains discutaient le sens de ces derniers mots (*Vat.* 168). Les uns déclaraient que pour qu'un enfant fût *justus*, il devait être né d'une union conforme non seulement au vieux droit romain, mais encore aux lois Papiennes. Selon eux, le *jus liberorum* n'appartenait pas aux personnes mariées contrairement aux prohibitions de ces lois. Les autres, moins sévères, exigeaient seulement la conformité au droit ancien; ils accordaient le *jus liberorum* aux époux mariés en justes noces, quand même la loi Julia aurait prohibé leur mariage.

Abordons maintenant le point délicat : l'union contractée est-elle nulle ? L'empêchement, pour parler le langage moderne, est-il dirimant ou prohibitif ?

Il semble, à première vue, que si la loi interdit le mariage de deux personnes pour des motifs que j'appellerai d'*ordre public*, comme la distinction des classes, l'honneur des grandes familles, la sanction de cette interdiction doit être une nullité. La loi 28, C. 5, 4 semble en effet attribuer à la loi Papia l'établissement d'une pareille sanction. L'examen des textes décide pourtant aujourd'hui la presque totalité des auteurs à ne point l'admettre. Remarquons d'abord que quand Ulpien mentionne l'incapacité testamentaire entre les conjoints, il semble ne pas mettre en doute la validité du mariage : car il donne à l'union contractée le nom de « *matrimonium* » et aux époux les titres caractéristiques de « *vir et uxor.* » En second lieu, si ce

matrimonium est susceptible de produire le *jus liberorum*, si du moins la controverse a pu s'élever sur ce point, c'est que la validité du mariage était acceptée par tous : un mariage nul n'aurait pu, de l'avis de personne, entraîner ce droit accessoire. Un argument décisif vient en outre à l'appui de ce système.

Sous Marc-Aurèle, le sénat décréta tout spécialement la nullité du mariage contracté entre un sénateur et une affranchie; jusque là, ce mariage était donc valable. J'en dis autant du mariage entre ingénu et *famosa*, car les deux prohibitions étaient originairement soumises aux mêmes règles, et MODESTIN laisse entendre que la nullité fut étendue par la pratique à ce second cas (42, 1, D. 23, 2). Aurait-t-on eu besoin d'établir la nullité, si elle résultait déjà de la loi Julia ?

On voit par là que si la l. 28, C. 5, 4 déclare le mariage nul d'après la loi Papia, elle commet une erreur non juridique, mais historique. Elle attribue aux lois caducaires une sanction qui date d'une époque postérieure, et dont l'initiative appartient aux constitutions impériales.

La loi Julia établit donc un empêchement simplement prohibitif aux unions des *famosæ* : la sanction s'en réduit aux deux incapacités mentionnées plus haut. Cette sanction est grave, mais l'histoire montre qu'elle se retournait souvent contre la loi elle-même. Le but de la loi était de pousser au mariage. Or, pour l'atteindre, elle employait deux moyens contradictoires : tantôt elle punissait le célibat, tantôt elle punissait le mariage. Elle croyait, en effet, en relever le prestige en défendant certaines unions mal assorties. Elle offrait ainsi, à son insu, un moyen d'éluder ses prohibitions l'une par l'autre.

Je suppose qu'une ingénue voulût épouser un affranchi sans encourir de déchéance. Que faisait-elle ? Elle commençait par se livrer à la prostitution pour perdre sa qua-

lité d'ingénue ; devenue *famosa*, elle était pleinement capable d'épouser l'affranchi : « *ut ad evitandas legum pœnas jure ac dignitate matrimoniali exsolverentur, lenocinium profiteri cœperant,* » dit SUÉTONE (*Tibère*, 35). Cet abus amena une disposition de Domitien : « *probrosiis feminis lecticæ usum ademit jusque capiendi legata hæreditatesque* » (SUET : *Dom.* 8). Dès ce moment, les femmes qui usent de ce scandaleux stratagème ne peuvent plus éluder la loi : elles sont entièrement incapables de recueillir soit un leg, soit une succession testamentaire ou même ab intestat (23, 3, C. 5, 4). La seule exception, qui confirme d'ailleurs la règle, consiste en ce qu'une *mulier famosa* conserve le droit de venir à la succession légitime de ses enfants. (2, 4, D. 38, 17.)

On sait quelle fut la destinée des peines édictées contre le célibat : leur impuissance à relever les mœurs étant démontrée, elles furent abolies. (*Cod. Theod.* 8, 16.)

Quant aux peines portées contre les unions prohibées, elles furent au contraire aggravées. CONSTANTIN, en 336, y ajouta l'*infamie* pour les *illustres* qui épouseraient des *abjectæ* ou *humiles personæ* ; mais la pauvreté d'une ingénue ne fut jamais par elle seule une cause de prohibition (7, C. 5, 5).

Toutes ces incapacités durèrent jusqu'à JUSTINIEN. Justin, père adoptif de ce prince, avait déjà, pour lui permettre d'épouser la fameuse Théodora, levé la prohibition de mariage qui pesait sur les comédiennes, pourvu qu'elles renonçassent à la scène, et accomplissent certaines formalités. Justinien fit plus : il affranchit d'abord les comédiennes des restrictions mises par son père à leur réhabilitation (29. pr. C. 5, 4). Puis, en 537, il abrogea la constitution de Constantin citée plus haut. Enfin, par une constitution de 542, il leur concéda le *connubium* sous deux conditions : 1^o qu'elles fussent de condition libre ; 2^o que si elles

épousaient un *illustris*, sénateur ou non, on rédigeât un *instrumentum dotale* (Nov. 117, ch. 6).

En résumé, si l'on combine ces dispositions avec la suppression de toute différence entre ingénus et affranchis. prononcée en 537, la législation sous Justinien se réduit à ces deux points :

1^o La prohibition de mariage entre sénateur et affranchie n'a plus d'objet ;

2^o La prohibition de mariage entre ingénu et comédienne peut être facilement éludée.

Faut-il aller plus loin ? et dire que la prohibition est également levée à l'égard de toute *mulier famosa* : femme surprise en adultère, *lena*, *judicio publico damnata* ? SAVIGNY le prétend, et il s'appuie sur ce que Justinien abroge la constitution de Constantin relative aux *abjectæ*, expression qui comprend évidemment toutes les *famosæ*. Selon lui, sous Justinien, l'infamie a perdu son effet à l'égard des femmes. Cette conclusion est peut-être un peu hasardée. Constantin notait d'infamie les sénateurs qui épouseraient des *abjectæ* ; Justinien supprime cette infamie, voilà tout. Mais d'abord Il ne réhabilite pas pleinement les comédiennes : s'il leur rend le *connubium*, il n'enlève pas la tâche infamante qui continue de les frapper. Ensuite, pour les *abjectæ* ou *famosæ* autres que les comédiennes, ni lui ni ses prédécesseurs ne lèvent l'infamie et les prohibitions de mariage qui pèsent sur elles. J'ai signalé deux cas d'infamie établis contre des femmes par Justinien lui-même, en 536 (Nov. 22, ch. 40 ; nov. 39, ch. 2) : Est-il à présumer qu'il ait, en 537, et même en 542, radicalement supprimé une mesure qu'il venait d'étendre si peu de temps auparavant ? J'en conclus qu'à l'égard des femmes autres que les comédiennes, la loi Julia reste entière.

§ 8. — *Point de départ, durée et extinction de l'infamie.*

La division de notre premier chapitre montre l'infamie encourue tantôt comme conséquence d'une condamnation, tantôt immédiatement, à raison d'un certain fait. Dans le premier cas, elle n'atteint le condamné que du jour où la sentence est devenue définitive. Par exception, le contumax l'encourt immédiatement, sans qu'il soit besoin d'une sentence. De même la seule accusation de crime entraîne une sorte d'infamie provisoire qui empêche le prévenu d'aspirer aux honneurs, à moins qu'il ne se soit écoulé un an depuis l'accusation, sans qu'on découvre des charges nouvelles (17, 12, D. 50, 13).

Dans le second cas, l'infamie est encourue *ipso facto*. S'agit-il d'un fait, d'une profession notoire, la voix publique (*fama*) l'inflige immédiatement; le magistrat, le juge ne fait que suivre, qu'appliquer ses arrêts. S'agit-il d'un fait complexe, qui demande examen, un procès peut s'élever, une condamnation peut intervenir; mais, ce qui différencie notre espèce de la précédente, le jugement précise bien le fait qui motive l'infamie, il ne la prononce pas. Aussi ne doit-il réunir aucune des conditions que nous savons être exigées des sentences infamantes. Aussi n'influe-t-il en rien sur la date de l'infamie : c'est toujours le fait même, non la sentence qui le constate, qui en est le point de départ.

L'infamie est perpétuelle : « IN PERPETUUM *omni honore* ... *privantur* » (Cic. *pro Cluent.* 42). La grâce (*abolitio*, *indulgentia generalis*) ne l'anéantit pas. Si la cause qui l'engendre cesse dans l'avenir, l'infamie survit : l'abandon d'une profession infamante, — sauf les faveurs spéciales accordées par Justinien aux comédiennes, — ne l'empêche pas de subsister. Enfin, le préteur ne l'abolit pas direc-

tement, mais il la neutralise en recourant à une subtilité. Quand la cause de l'infamie ressortit à sa juridiction, il anéantit rétroactivement cette cause au moyen d'une *in integrum restitutio*, et dès lors, l'infamie tombe faute d'objet. (1, 9, D. 3. 1).

Le préteur est maître de la *restitutio* ; il est donc par cela même maître de l'infamie. Aussi le voit-on imposer des conditions aux demandeurs en réhabilitation, et favoriser parfois les uns plus que les autres. Les personnes connues sous le nom de *turpitudine notabiles*, celles d'entre les personnes infâmes dont la situation est envisagée avec le plus de défaveur, ne l'obtiennent que très difficilement.

Il n'existe à proprement parler qu'un seul pouvoir capable de *détruire* cette marque, le pouvoir souverain : le peuple, le sénat, l'empereur. Ce dernier usa assez largement de son droit, soit par pur arbitraire, soit pour corriger certaines injustices auxquelles l'application rigoureuse des principes pouvait donner lieu. Comme le préteur, il exigea pour prix de cette faveur certaines conditions parfois onéreuses. Une femme notée pour s'être remariée avant l'expiration de l'an de deuil, dut, pour recouvrer la plénitude de son *existimatio*, faire don aux enfants nés de son premier lit, de la moitié des biens qu'elle possédait lors de son second mariage (4, C. 6, 56).

L'empereur ne s'en tint pas là : il généralisa la remise de l'infamie. Quand, dans un procès infamant, le juge infligeait au coupable une peine trop forte d'après la loi, que cette peine était devenue définitive avec la sentence qui la prononçait, un moyen restait d'adoucir cette rigueur excessive. C'est ce qui fut décidé : « *Pœna gravior ultra legem imposita existimationem conservat* » (13, 7, D. 3, 2). Les textes en fournissent plusieurs exemples. Voici celui que rapporte MACER (10, 2, D. 48, 19) : une personne est poursuivie pour vol (poursuite infamante) :

le juge la condamne soit *in opus publicum* à temps, soit même simplement aux verges. Ces peines sont exagérées : la loi ne prononce qu'une simple condamnation pécuniaire. La sentence étant définitive, la condamnation ne peut être évitée; mais, par application de notre idée, l'infamie qui devait être encourue ne frappe pas le condamné (V. autres exemples : 15, pr. D. 50, 1 : 5, D. 50, 2 ; 4, 4, D. 49, 16).

En examinant de près le fonctionnement de cette règle, on voit qu'elle n'est pas sans favoriser quelque peu l'arbitraire du juge. Veut-il épargner l'infamie à son justiciable? Il n'a qu'à le condamner à une peine plus forte que celle de la loi. Sans doute en agissant ainsi il excède ses pouvoirs; mais l'autorité de la chose jugée viendra bientôt confirmer cet acte arbitraire et lui donner force de loi.

Des auteurs ont été plus loin. Ils ont voulu, dans cette disposition, voir l'infamie laissée entièrement à la merci du juge, qui pourrait à son gré l'infliger ou l'épargner. Cette solution si contraire aux principes, ne résiste pas non plus aux textes. PAPINIEN semble l'avoir prévue et réfutée (15, pr. D. 50, 1) : « les personnes qui ont été condamnées à des peines *plus douces* que la loi ne permet, — dit-il, — restent néanmoins soumises aux effets de l'infamie. » Et il prend soin de préciser les pouvoirs et les devoirs du juge, dont la fonction n'est pas de déterminer, mais d'appliquer la peine : « *cum FACTI quidem QUÆSTIO sit in potestate judicantium, JURIS autem AUCTORITAS non sit.* »

APPENDICE. — De l'*infamia facti*

Nous avons essayé de montrer (chap. I, *in fine*), comment l'infamie, institution coutumière, fut à l'origine une déchéance de fait, dont ni les causes ni les effets n'étaient légalement déterminés. Quand les magistrats, organes de l'opinion, eurent consacré et organisé l'infamie de droit, l'opinion ne se borna pas à les suivre ; elle marqua encore de ses flétrissures certaines personnes non flétries par le droit positif : « *licet enim verbis edicti non habeantur infames, ... re ipsa et opinione hominum non effugiunt notam* » (2, D. 37, 15).

Les nombreux affranchissements que le christianisme et le stoïcisme provoquèrent au début de l'empire, amenèrent un bouleversement complet dans les conditions et dans les classes sociales. L'égalité civile si sévèrement pratiquée sous la république, subit le contrecoup de ce bouleversement. La liberté étant libéralement concédée, on s'en prit à la capacité des personnes. Une distinction, inconnue des anciens Romains, s'établit entre les citoyens, qui se répartirent en *honestiores* et en *humiliores* ; la différence qui portait d'abord sur la condition sociale, s'exerça sur la condition juridique des personnes. (DURUY, *Hist. des Romains*, t. V, appendice, p. 495). Les *humiliores* encoururent de véritables déchéances, analogues à celles que prononçait l'opinion.

L'ensemble de ces conditions sociales inférieures constitue ce qu'on appelle l'*infamia facti*.

Ces déchéances, comme les causes qui les provoquent, furent relatées dans des textes assez nombreux, et acquirent

à leur tour une sorte de consécration positive qui les rapproche de l'infamie de droit. Mais ces textes sont peu précis ; les dispositions qu'ils renferment sont isolées, non susceptibles d'être réunies en un corps de doctrine ; les termes qu'ils emploient n'ont aucune portée générale : preuve certaine que l'*infamia facti* ne peut être considérée comme une institution de droit à mettre en regard de l'*infamia juris*.

Le commentateur ne peut que recueillir sans aucune préoccupation systématique les divers groupes d'infamie de fait, les déchéances qu'ils comportent, et les personnes qui en sont frappées.

La loi 27, C. 3, 28 prévoit, outre l'infamie de droit, deux conditions sociales également défavorables : la *turpitude* et la *levis nota*. Je n'ai pas besoin de dire que cette terminologie n'a rien qui s'impose, étant encore plus vague que celle de l'infamie de droit. La *turpitude* dont il est ici question ne doit pas être confondue avec la condition de *turpitudine notabilis* dont le § 1, 5, D. 3, 1 fait mention. La première est une infamie souvent mitigée, adoucie ; la seconde est une aggravation apportée à l'incapacité de postuler. Les personnes qui en sont frappées sont d'ailleurs entièrement différentes. Le mot *turpitude* est aussi employé tantôt comme synonyme d'*infamia* (8, D. 48, 2), tantôt pour désigner un métier honteux (43, 4, D. 23, 2). — La *levis nota* s'applique à des personnes méprisées pour leur condition sociale, plutôt que pour leur conduite ou leurs mœurs ; elle se dédouble en deux marques de gravité différente ; et les personnes qui en sont atteintes, reçoivent suivant ce degré de gravité les noms de *viles* et d'*humiles*. En résumé, trois degrés d'incapables remplissent l'intervalle qui sépare l'infâme du « *vir honestus atque integræ existimationis* ». Nous allons les examiner brièvement.

§ 1. — *Personæ turpes* (1).

Les déchéances des *turpes* sont mieux connues que ces personnes elles-mêmes. La *turpitude* semble avoir été, dans la pensée de ceux qui l'appliquèrent, un moyen de suppléer aux lacunes des lois sur l'infamie : à elle mieux qu'aux autres convient donc la qualification d'*infamia facti*. En sont atteints :

1^o Les débauchés et les prodigues, que ce seul fait en note pas d'infamie (44, D. 4, 5).

2^o Ceux qui n'ont échappé à l'infamie que par le subterfuge que nous connaissons : ils se sont fait représenter en justice afin d'éviter l'infamie attachée à une condamnation. La rigueur du droit ne les rend pas infâmes, mais l'*infamia facti* permet avec certaines restrictions de les traiter comme tels. (2. pr. D. 37. 15).

3^o Ceux qui n'ont été reconnus coupables qu'incidenment d'un fait puni d'infamie. On sait qu'une des conditions essentielles d'une condamnation infamante, est qu'elle soit prononcée *principaliter*, dans une instance dirigée contre le coupable (17, 19, C. 2, 12).

4^o Les auteurs d'un délit qui en droit pur n'entraîne pas l'infamie peuvent en fait être déclarés *turpes* (25. C. 9, 9). On voit par là combien l'infamie de fait présente d'arbitraire, combien par la facilité avec laquelle on l'encourt, elle diffère des déchéances fixes de l'infamie de droit.

Voici maintenant les effets qu'on attachait à la *turpitude* :

1^o Les *turpes* étaient en fait systématiquement écartés des dignités. CONSTANTIN consacre cette déchéance (2. 6. C. 12, 1).

(1) V. SCHOMBURG : *De turpitudine seu infamia facti*, 4840.

2^o Les *fragmenta Vaticana* (§ 320) leur retirent aussi le droit de postuler pour autrui, et tous les droits qui, comme le *jus accusandi*, en sont la conséquence.

3^o Leur témoignage est suspect (3, pr. D. 22, 5). La constitution de Justinien (Nov. 90, ch. 1) dont nous avons étudié la portée relativement aux infâmes, s'applique également aux *turpes*.

4^o La *querela inofficiosi* peut être intentée contre le testament instituant une personne *turpis*.

Outre ces déchéances, qui sont la reproduction de celles de l'infamie, on en rencontre d'autres, motivées par la situation même des personnes qui les encourent, et prononcées d'ailleurs d'une manière moins générale. Ainsi :

Des constitutions admettent l'exhérédation des *ŕgens* de mauvaise vie (19, C. 3, 28) ; la résistance d'une fille à son père, quand celui-ci veut la marier à une personne mal famée (5, C. 5, 1) ; le divorce pour *turpitude* (Nov. 22, ch. 15).

En matière de puissance paternelle, l'action en restitution de la dot est refusée au père à la dissolution du mariage de sa fille, si la conduite de ce père donne à craindre qu'il ne dissipe la dot (22, 6, D. 24, 3 ; 13, 2, C. 9, 51). — L'action *injuriarum*, en cas d'inconduite du père à qui elle compète, est donnée à son fils (17, 13, D. 47, 10).

En matière criminelle, si le *turpis* vient à encourir la note d'infamie, le juge peut substituer à cette peine, presque illusoire pour lui, une peine afflictive telle que l'exil (2, C. 9, 44).

ULPIEN suppose enfin que deux personnes se disputent une tutelle : l'une peut fournir caution, mais est d'une honorabilité douteuse ; l'autre d'une *existimatio* intacte, est au contraire dans l'impossibilité de fournir ladite

caution. Le jurisconsulte fait pencher la balance du côté de l'honneur : le *turpis* est écarté de la tutelle (17, 1, D. 26, 2).

La *turpitude* est avant tout une question d'appréciation personnelle du magistrat; elle n'a donc rien d'absolu, rien de définitif. Telle personne, aujourd'hui déclarée *turpis*, peut si sa condition change, être regardée demain comme *honesta* (1, pr. D. 27, 10); tel *turpis* peut n'être privé que de l'une de ses prérogatives, tel autre peut encourir une déchéance, comme celle d'une tutelle, qu'il n'encourrait point par le fait seul qu'il serait infâme.

§ 2. — *Viles*.

Cette seconde incapacité est particulièrement attachée à l'exercice de certaines professions dont parle CONSTANTIN (6, C. 12, 2), et que CICÉRON énumérait autrefois dédaigneusement en les déclarant indignes d'un homme libre (*de off.* 1, 12).

Toutes les professions manuelles rentrent dans cette catégorie : « *nec quidquam ingenuum potest habere officina,* » — dit CICÉRON (*l. cit.*). Il mentionne les *cetarii*, *lanii*, *fartores*, *piscatores*.... les *unguentarii*... etc., auxquels il faut ajouter les directeurs et filles d'auberge, non voués publiquement à la prostitution, les *portitores*, les *stationarii*, dont la profession mal connue est peut-être d'accomplir une sorte de police secrète; en un mot, ceux qui exercent à prix d'argent un métier (*operæ*), non un art (*artes*).

Plusieurs déchéances leur sont communes avec les *turpes*. Telles sont :

1^o L'exclusion des fonctions publiques. Le texte de Constantin s'y applique également.

2° L'incapacité sinon de postuler pour autrui, du moins d'intenter une action infamante contre une personne *honestus* (11, 1, D. 4, 3).

3° La suspicion du témoignage.

4° L'admissibilité d'une *querela inofficiosi*.

Les « *negotiatores* », qui semblent bien rentrer dans cette catégorie, sont déclarés par JUSTINIEN inhabiles à faire partie de l'armée (un. C. 12, 35).

§ 3. — *Humiles*

L'expression d'*humilis* est encore plus vague. Elle s'entend de personnes inférieures non pas tant pour leur profession que pour leur condition sociale. L'*humilis* n'est ni patricien ni ingénu : il appartient aux classes dépendantes des plébéiens, des affranchis. Un texte donne ce nom aux enfants nés de personnes vivant d'un métier honteux (7, C. 5, 5). Un autre le refuse aux simples *spurii*, qui pourtant, en matière de dignités, cèdent le pas aux enfants nés de justes noces. (3, 2; 6, pr. D. 50, 2).

Comme le *vilis*, l'*humilis* n'est point admis aux honneurs ; son témoignage est suspect ; il ne peut intenter une action infamante contre un citoyen exerçant une fonction publique (11, D. 4, 3).

En matière répressive, certaines peines réservées aux esclaves lui sont applicables. A la différence de l'*honestior*, il peut être condamné *ad opus metalli*, *ad metalla*, (PAUL, *sent.* V, 25, 1), *ad opus publicum*, aux verges, aux bêtes (id. V, 29), au supplice de la croix (id. V. 23, 1).

TABLE

	Pages
Introduction	3
L' <i>existimatio</i> à Rome et ses <i>minutiones</i> . — L'infamie. — Plan.	
CHAPITRE I. — <i>Notion et origine de l'infamie</i>.	8
Obscurité de cette notion; ses vicissitudes. — Éléments certains qui doivent servir à l'éclaircir.	
La controverse, autrefois et aujourd'hui. — Les deux systèmes. — Point de départ commun : détermination des pouvoirs du prêteur et du censeur.	
<i>Premier système</i> : L'infamie, création du magistrat.	15
La <i>nota censoria</i> , les déchéances arbitraires du censeur.	
L'infamie, création du prêteur : restriction à la capacité de postuler. — Arguments et objections.	
<i>Deuxième système</i> : L'infamie, institution traditionnelle.	19
Méthode suivie : l'origine de l'infamie et sa notion. — L'infamie, déchéance portant sur les droits publics. — Désaccord entre les partisans de ce système.	
1 ^{re} OPINION : L'infamie, perte des droits politiques. — Arguments.	
2 ^{me} OPINION : L'infamie, <i>capitis deminutio media</i> . Objections communes.	
<i>Critique</i> . — Modification dans la méthode du second système.	23
Preuve spéciale du caractère traditionnel de l'infamie.	
Recherche de sa notion. — Préliminaires; positions.	
Déduction : l'infamie, ses applications par le prêteur et le censeur ; deux ordres de déchéances se réunissant en un seul. — <i>Infamia facti</i> et <i>infamia juris</i> .	
Confirmation. — Conciliation des deux systèmes. — Explication de l'origine de l' <i>infamia facti</i> .	

CHAPITRE II. — Droit classique. — Causes de l'infamie.	34
<i>Section I. — Infamie attachée à une condamnation.</i>	35
1° <i>Delictum privatum</i> ;	
2° <i>Judicium publicum. — Calumnia et pravaricatio</i> ;	
3° <i>Judicium extra ordinem. — Stellationat</i> ;	
4° <i>Temeritas litigandi</i> en matière de contrats ;	
5° OBSERVATIONS. — De la transaction dans les causes infamantes. — Des restrictions apportées à la capacité d'intenter une action infamante. — Des conditions nécessaires pour qu'une condamnation produise l'infamie.	
<i>Section II. — Infamie attachée à un fait, ou à une série de faits</i>	54
1° Professions infamantes ;	
2° Infamie attachée à certains faits antérieurement à l'Édit perpétuel. — <i>Missio ignominiosa</i> . — Convention aux lois sur le deuil. — Bigamie. — <i>Bonorum venditio</i> ;	
3° Infamie attachée à certains faits par les constitutions impériales.	
CHAPITRE III. — Droit classique. — Effets de l'infamie.	72
1° Incapacités politiques ;	
2° Incapacité judiciaire ;	
3° Conséquence de l'infamie en droit pénal ;	
4° Conséquence touchant les rapports entre patron et affranchi ;	
5° L'infamie influe-t-elle sur la capacité d'être témoin ?	
6° L'infamie influe-t-elle sur la capacité de recevoir par testament ?	
7° Application de l'infamie aux femmes ;	
8° Point de départ, durée et extinction de l'infamie.	
Appendice. — De l' <i>infamia facti</i>	92

DROIT FRANÇAIS

DES NOMS DE PERSONNES

La question des noms éveille actuellement en droit un double intérêt. Intérêt moral : le nom représente la famille, résume son passé, forme le signe distinctif de ses membres. Intérêt pécuniaire : appliqué au commerce, à l'industrie, le nom constitue une valeur, un instrument de transaction.

Cette étude n'est ni un traité de droit nobiliaire, ni un traité de droit industriel. — Elle ne touche pas aux armoiries; quant aux titres de noblesse, qu'on peut jusqu'à un certain point considérer comme des dépendances du nom, ils se rattachent trop intimement à l'ensemble des institutions féodales pour être étudiés ici en détail : ils seront envisagés accessoirement, lorsqu'à la question du titre se joindra une question de nom. — Dans le commerce, le nom donne lieu à des usurpations fréquentes : la théorie s'en relie à celles de la concurrence déloyale et des

marques de fabrique. Sans exposer complètement ces dernières, il conviendra d'en extraire tous les problèmes où le nom des personnes se trouve en jeu.

Présenter une théorie d'ensemble sur la législation du nom, dégager les principes sur lesquels doit reposer la solution d'innombrables difficultés d'espèces, tel est l'objet de cette étude.

Après un rapide historique de la question, nous examinons d'abord quelles sont les dénominations autorisées ou prescrites par la loi, comment elles s'acquièrent et se prouvent, en quoi il est permis de les modifier; — nous posons en second lieu la notion juridique du nom; nous parcourons ses applications multiples en droit civil, industriel et commercial; nous étudions enfin les divers moyens de protection dont l'a entouré le législateur.

HISTORIQUE

Partout le nom existe : il est une nécessité sociale. Mais sa forme a varié selon les temps et les lieux ; elle a suivi le génie des peuples, leur histoire, leur langue, leur position géographique. Tour à tour simples ou multiples, collectifs ou individuels, arbitraires ou imposés, les noms ont été longtemps livrés aux fluctuations de l'usage. L'intervention de la loi en pareille matière, marque, dans la vie d'une nation, le point d'une civilisation déjà avancée.

Un trait caractéristique chez les peuples en enfance, c'est l'usage d'un nom *unique* et *individuel*. Que ce nom soit pris dans la nature, qu'il exprime une qualité physique ou morale, ce double caractère persiste à se révéler ; je cite, parmi les noms d'origines les plus diverses : *Romulus*, *Porsenna*, *Brennus*, *Mérovée*.

Pour des hommes vivant dispersés et en petit nombre, ayant des besoins restreints, peu ou point de relations, cet état de choses suffit.

Pour des peuples en possession d'une langue riche, l'abondance du vocabulaire peut suppléer à la simplicité des formes usitées.

Le premier phénomène s'observe encore aujourd'hui chez les sauvages : on l'aurait même constaté au début de ce siècle, chez les Lapons.

Le second a permis à des peuples civilisés, comme les Grecs et les Hébreux, de s'en tenir constamment à l'unité et à la personnalité du nom.

Pourtant la Grèce usa de bonne heure de certaines indications facultatives, telles que le surnom, la mention du lieu d'origine, le nom paternel, employé avec une désinence particulière.

Ainsi se distinguèrent « *Ajax Télamonios* ou *Télamoniade* » d'« *Ajax Oïléos* », et « *Denys le Tyran* » de « *Denys l'Ancien* » et de « *Denys d'Halicarnasse*. »

Point de législation d'ailleurs, point d'usurpations prohibées : les preneurs de dénominations ambitieuses ne relèvent que de l'opinion publique. Le fouet des satiriques se charge de les châtier :

« *Stéphane* était pauvre et jardinier, — dit une épigramme, — aujourd'hui il est riche et bientôt il est devenu *Phitostéphane*, ayant ajouté cinq belles lettres à son nom. Incessamment, il sera *Hippocratippiade*...!! » Mais sur la place du marché, l'insolent parvenu restera toujours le jardinier *Stéphane*. » (1).

A Rome, l'organisation de la famille fit disparaître de bonne heure le mince vocabulaire en usage chez les Osques et les vieux Sabins. Les fils des Brutus et des Tarquins déploient un luxe de dénominations que notre féodalité seule a égalé. *Prænomen*, *cognomen*, *nomen* désignent successivement l'individu, la famille (*familia*), la race primitive (*gens*); et l'*agnomen*, ou surnom, dont les empereurs romains se montrèrent si prodigues envers eux-mêmes, s'ajoute fréquemment à l'énumération, qui pour Justinien ne comprend pas moins d'une vingtaine d'épithètes.

(1) M. EGGER, *Débats*, 4 décembre 1864.

Pleine liberté est laissée à chacun de modifier son nom à sa fantaisie : pleine liberté de tirer, de certaines analogies de noms, la prétention à une origine illustre. C'a été le faible des vieux Romains : les *Jules* voulurent sortir d'Iule et descendre de Vénus elle-même, les *Memmi*, de Mnesthée le troyen (VIRG. Eneid. V, 117).

Toutes ces descendances factices, que les Grecs vaincus (*græculi*) introduisirent par flatterie dans les éloges funèbres, et dans les *στέμματα* (arbres généalogiques) de leurs vainqueurs, soulevèrent bien quelques protestations d'hommes de sens (CICÉRON, Brutus, n° 61); mais elles passèrent, grâce à l'ambition du grand nombre, grâce au génie complaisant des poètes nationaux, grâce à la faveur du gouvernement impérial.

Le seul texte que nous offrent les lois romaines sur la matière, est une constitution de JUSTINIEN, prohibant de changer de nom frauduleusement (1, Code. *De mut. nom.*)

Au temps de la conquête des Gaules par les Francs, l'usage du nom individuel était prépondérant dans ce pays. Gaulois et Kymris, Francs et Germains ne connaissaient, en dehors de là, que l'usage de surnoms personnels très rares, accordés en raison de quelque trait d'héroïsme ou de supériorité, comme celui de Vercingetorix (*Ver-cinn-cedo-righ* : grand chef, généralissime).

La conversion des Francs au christianisme n'amena pas de changement notable : chacun prit pour nom unique le nom reçu au baptême. Mais, d'une part, le répertoire des noms usités tendit à se restreindre : beaucoup de noms barbares n'entraient pas dans le calendrier chrétien ; d'autre part, les rapports sociaux se multiplièrent avec la population et le progrès moral. Force fut aux porteurs de noms identiques, de chercher dans l'énoncia-

tion, soit du nom de leur auteur, soit de leur lieu d'origine, ou encore dans l'usage d'un surnom, un moyen de se reconnaître :

Pierre fils de *Jean*, fils de *Louis*, — disait-on, — ou bien : *Pierre* dit *le Roux*, *le Brun*, etc. Mais ces moyens étaient un palliatif, non une solution.

C'est à la féodalité naissante, dans la coutume plutôt que dans la loi, qu'il faut placer le point de départ de l'état de choses et de la législation actuels. Le capitulaire de Quiercy (877), proclama l'hérédité des fiefs : « *Tout pour la terre et par la terre*, » telle est la maxime fondamentale, que le moyen-âge poussa à ses dernières conséquences. La terre fit la royauté, le roi n'étant qu'un suzerain supérieur, « *le premier baron de France* », comme disent les vieux monuments du droit. La terre fit aussi *le nom patronymique*, base fondamentale du système moderne. Toute suprématie et toute dépendance dérivant de la terre, suzerains et vassaux prennent instinctivement, comme désignation personnelle, le nom de cette terre, et l'ajoutent au nom de baptême (1). Et comme les fiefs se transmettent à la descendance, comme les qualités de seigneur et de vassal sont héréditaires, le nom suit cette double qualité, le nom se transmet héréditairement.

Mais se transmet-il de même façon au seigneur et aux vassaux ? Non : une différence importante est à signaler. Le seigneur énonce ou sous-entend devant son nom de fief, sa qualité de seigneur, son titre : « *Simon de Montfort* » est une abréviation de *Simon*, seigneur, comte de *Montfort* (*Montis fortis dominus*) ». Le nom de fief, se joignant au

(1) C'était tout le contraire à Rome : loin de donner son nom à son propriétaire, la terre recevait souvent de ce dernier sa désignation juridique : *Fundus cornelianus*. J'ajoute que plus d'une fois le fait s'est représenté chez nous. Les *Montmorency*, par exemple, se flattent d'avoir donné le nom à leur duché, non de l'avoir reçu de lui.

prénom, lui imprime donc une idée de puissance, de souveraineté, idée traduite chez nous par la préposition *de*, et rendue en latin par la forme du *génitif*.

Le vassal au contraire, rappelle devant le nom du fief qu'il dépend de ce fief : *Thomas de Kempen* équivaut à *Thomas*, vassal du fief de *Kempen* (*Thomas a Kempis*). C'est donc une idée de dépendance, de subordination, que le nom renferme en s'ajoutant au prénom : la pauvreté de la langue française a fait rendre encore une fois par la préposition *de*, ce rapport mieux caractérisé par la forme latine de l'*ablatif*.

Le régime féodal a amené l'hérédité du nom dans la famille, et la transformation du nom de baptême en prénom. J'ai parlé déjà de l'usage du surnom, qui est de tous les temps, mais surtout du moyen-âge. On trouve des surnoms tirés de qualités physiques ou morales, comme *le Blanc*, *le Roux*, *le Bon*; de lieux d'origine, d'habitation, comme *du Bois*, *du Moulin*; de sobriquets, comme *le Coq*, *le Lièvre*, variables à l'infini.

On en trouve chez les nobles comme chez les roturiers : les « *Bertran*, *Pellet*, *Chabot*, *Sanglier*, *Tournemine*, *Bacon*.... etc., sont cités par LAROQUE (*Traité de l'origine des noms*, ch. XXX), comme de la plus pure et de la plus ancienne noblesse. C'est qu'en effet la noblesse est antérieure à la féodalité, et que si, au moyen-âge, le titre ne peut exister sans la terre, la noblesse, qualité toute morale, peut très bien exister sans le titre.

Le surnom prend, sous l'influence des idées féodales, un caractère nouveau : au lieu d'être personnel, il se fixe à toute la descendance ; et comme le nom de fief, — qui n'est en réalité qu'une espèce de surnom, — il devient héréditaire. Cette révolution paraît s'être accomplie du X^e au XII^e siècle.

Il n'existe donc, à l'origine, aucune forme nominale

exclusivement propre, soit à la noblesse, soit à la roture. La logique même des événements nous montre des nobles s'appelant *Sanglier* ou *Jacques Tézart*, et des roturiers du nom d'*Alain de Lille* ou de *Vital de Blois*.

Or, qu'on ouvre les écrits des jurisconsultes, des penseurs, des littérateurs du XVI^e au XVIII^e siècle, depuis Montaigne jusqu'à Beaumarchais, depuis Loyseau jusqu'à Hanrion de Pansey, c'est un cri unanime, une protestation ininterrompue contre la manie de singulariser, — disons le mot, — d'*anoblir* son nom. D'où vient cette contradiction? Comment expliquer cette faveur accordée à certaines formes nominales, — notamment à ce qu'on est convenu d'appeler la « *particule nobiliaire* », — s'il n'est aucune forme qui soit privilégiée?

Les développements qui suivent en donneront peut-être la raison?

Les nobles, — titrés pour la plupart, — ont d'abord eu besoin de la particule pour spécifier leur titre. La particule forma le lien grammatical entre la personne et la chose, entre le titre et la terre : *Baudouin, comte de Flandre*.

En dehors du titre, chez les nobles propriétaires, la particule précède un nom de terre, sous forme elliptique, en sous-entendant la qualification de seigneur. A la longue, ce nom de terre est devenu un nom patronymique.

Enfin, les roturiers anoblis ajoutent à leur nom d'origine, le nom d'une ou de plusieurs de leurs seigneuries. Ces additions sont on ne peut plus fréquentes : les branches d'une même famille se distinguent les unes des autres, en ajoutant au nom de la souche commune, un nom spécial, emprunté à une terre qu'elles possèdent.

C'est là à proprement parler le *nom féodal* : on pourrait croire que ce nom, dérivant de la terre, demeure attaché à la possession de la terre, et se conserve ou se perde

avec elle. Il n'en est rien. Le fief, ainsi que le titre, passe ordinairement à un héritier privilégié : l'aîné. Le nom, au contraire, est conservé à tous les enfants du titulaire, qui le transmettent, eux aussi, à leur postérité. Le titulaire perd-il, aliène-t-il son fief ? L'usage lui permet d'en garder le nom : et si le nouvel acquéreur prend à son tour le nom de sa propriété, on voit quelle confusion le nom féodal pourra jeter entre les familles les plus différentes.

Sans doute, les roturiers ont pu avoir aussi la particule, mais plutôt dans la forme latine, où elle se distingue de celle du noble, que dans la forme française qui les confond. Or, le latin disparaît peu à peu de l'usage : le seigneur va-t-il souffrir que son vassal prenne un nom identique au sien ?

Naturellement donc, les noms patronymiques féodaux ne furent plus conservés que par les suzerains : les roturiers gardèrent plutôt les surnoms, et quand ceux-ci affectaient une forme double, ils les écrivaient communément en un mot : *Dubois* pour *du Bois*, *Legrand* pour *le Grand* ; tandis que les nobles mettaient toujours la particule en relief, comme trait d'union entre leur titre et leur terre.

De cet emploi de la particule, plus fréquent chez les nobles, de son voisinage avec les mots de terre, de seigneurie, le vulgaire en conclut très faussement que la particule constituait une prérogative, un monopole pour la noblesse. Les savants eurent beau protester, les écrivains se récrier : l'erreur persista, et elle persiste encore aujourd'hui. La loi du 28 mai 1858 en est la preuve.

Le mot de « particule nobiliaire » est donc un terme impropre, un non-sens dans la langue scientifique. Le nom féodal n'était pas un privilège de la noblesse : tout propriétaire de terre avait, dans l'ancien droit, la faculté d'adjoindre à son nom le nom de sa terre. Lorsqu'en 1579, il fut défendu au roturier, possesseur de fief, de prendre le titre attaché

à ce fief, on toléra toujours qu'il prît le nom « terrien ». Sur ce point, auteurs et jurisprudence sont unanimes : (LOYSEAU, *Traité des Ordres*, ch. XI, n° 57; HÉNAULT, *Abrégé chronologique*, année 1629). Il était admis que le nom appartenait au titulaire des droits de justice seigneuriale : or, les roturiers exerçaient ces droits, car « les » roturiers pouvaient exercer tous les droits honorifiques » appartenant au seigneur d'un fief ou d'un village, à » l'exception de la préséance sur les nobles. » (BASNAGE, *Coutumes de Normandie*, Art. 142) (1).

L'erreur existait néanmoins, et elle tirait à conséquence. Elle se manifesta par deux} tendances :

Chez les possesseurs légitimes de particule, tant roturiers que nobles, tendance à en user, et à la mettre le plus possible en évidence.

Chez les non-possesseurs, tendance à l'usurper.

Les premiers, quand ils se trouvaient dans le cas d'accoler à leur nom un nom de terre, n'avaient garde d'y manquer. D'ORMESSON avoue ingénument dans ses *Mémoires* (Introd. p. VII), que « trouvant le nom de *Lefebvre*, son » nom d'origine, trop commun, il y ajouta celui qu'il porte, et » que sa famille porte encore aujourd'hui, du nom d'une » terre acquise par un de ses aïeux. » On allait plus loin : on affectait de ne signer que du nom seigneurial, et on réussissait parfois à faire oublier ainsi le nom patronymique, d'apparence trop roturière.

Quant aux usurpateurs, tous moyens leur étaient bons :

Les nobles sans particule la mettaient quelquefois tout platement devant leur nom patronymique ; ce sont « les modernes traîneurs d'épée » dont parle Loyseau (*traité des ordres*, ch. XI), « qui n'ayant point de seigneurie dont

(1) BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Revue historique*, 1863, p. 381.

Sur la particule nobiliaire et ses origines, consulter : PAULIN PARIS : *De la particule dite nobiliaire*, 1862. — HENRI BEAUNE : *Des distinctions honorifiques et de la particule*, 1862. — LÈVESQUE : *Droit nobiliaire français*, chap. 2, 1866.

» ils puissent prendre le nom, ajoutent seulement un *de*
» ou un *du*, devant celui de leurs pères. » D'autres fois,
ils prenaient le nom d'une seigneurie, sous prétexte que
celle-ci avait appartenu à un de leurs ancêtres. Les rotu-
riers se forgeaient un « nom de guerre, de lieu ou
d'origine », qu'ils finissaient par garder définitivement, comme
fera plus tard dans l'Ecole des Femmes, ce paysan

...qu'on appelait *Gros-Pierre*,
Qui, n'ayant pour tout bien qu'un seul quartier de terre,
Y fit tout à l'entour faire un fossé bourbeux,
Et de *Monsieur de l'Isle* en prit le nom pompeux. »

La légalité de ces opérations peut se résumer d'un
mot : *liberté absolue de changer, de modifier son nom,*
en ne commettant ni fraude, ni lésion du droit des
tiers.

Des droits de l'Etat, de l'ordre social, encore nulle
trace. En présence des abus que l'absence d'intérêt privé
ne permet pas de réprimer, l'autorité royale va enfin
essayer d'intervenir.

Henri II, par l'Ordonnance d'Amboise (26 mars 1555)
« fait défense à toutes personnes de changer leurs noms,
» sans avoir obtenu des lettres de dispense et permission,
» à peine de 1,000 livres d'amende, d'être punis comme
» faussaires, et privés de tout degré et privilège de no-
» blesse. »

L'ordonnance d'Amboise n'a pas été partout enregistrée.
MERLIN doute qu'elle ait force de loi : on l'appliqua cepen-
dant plus d'une fois, même aux familles roturières, que
Montaigne déclare « les plus idoines à falsification. » Les
fils du procureur Rollet, trop connu par le vers de
Boileau, obtinrent de changer le nom paternel contre celui
de *Saint-But*. Le changement s'obtenait par « lettres de

commutation de nom » qui contenaient toujours la réserve : « sauf notre droit en autre chose, et l'autrui en » tout. »

L'ordonnance resta inefficace : sur le vœu réitéré des Etats de 1614 et de 1615, l'autorité royale intervint une seconde fois. Une ordonnance de Louis XIII, datée de 1629, enjoignit à *tous gentilshommes* « de signer en tous » actes et contrats, du nom de leurs familles et non de » leurs seigneuries, sous peine de faux et d'amende arbitraire. » Cette seconde ordonnance ne fut enregistrée qu'en lit de justice : et les abus continuèrent. L'autorité royale, il est vrai, s'en montrait complice, par sa complaisance à octroyer la noblesse et les titres, pour lesquels elle n'exigeait même plus d'érection de terre.

Les hommes de sens en furent réduits à exprimer, sous une forme plus ou moins piquante, leur indignation stérile.

Loyseau s'irrite contre les gentilshommes « qui tiennent à mépris le nom de leurs ancêtres ». Le Menteur, de Corneille, change aussi souvent de nom que d'habit :

...c'est tantôt *Pyrandre* et tantôt *Armedon*.

Nous avons déjà rencontré Molière, poursuivant contre les usurpateurs de noms, la lutte impitoyable commencée contre les précieuses et les marquis.

La Bruyère aussi se divertira aux dépens de « certaines gens qui portent trois noms de peur d'en » manquer. » — « D'autres, — dit il, — ont un nom dissyllabe » qu'ils anoblissent par des particules... Celui-ci par la » suppression d'une syllabe, fait de son nom obscur un » nom illustre ; celui-là, par le changement d'une lettre » en une autre, se travestit, et de *Syrus*, devient » *Cyrus*... etc. »

On cite « un riche marchand nommé *Cornet* : son fils

» après sa mort se voyant riche, s'appela *du Cornet*.
» Son frère puîné à son exemple, s'appela *le Cornet*, et
» le troisième s'appela *de Cornet*. Les enfants de l'aîné,
» encore plus enflés des richesses usurières que leur
» père, s'appellent *la Cornette*, et même commencent à
» dire qu'il faut un G au lieu d'un C, de peur d'appar-
» renter un fou naguère connu, qui s'appelait *Cornette*. »
(Bigarrures et Touches du sieur Tabourot des Accords.)

Devant cette fièvre générale de dénominations ambitieuses, le généalogiste Chérin s'écriait tristement : « Hélas !
» toute la bourgeoisie y passera ! »

Pourtant, à défaut d'exécution, les principes étaient posés. Mior, conseiller rapporteur de la loi de germinal an XI, ne craint pas d'affirmer que d'ores et déjà « le système en était complet. »

« On tenait pour principe, — dit-il, — 1^o que le roi seul
» pouvait permettre le changement ou l'addition de nom ;
» — 2^o que cette permission n'était jamais accordée que
» sauf le droit des tiers, droit qu'ils pouvaient faire valoir
» en s'opposant à l'enregistrement dans les cours ; — 3^o que
» le changement de nom et d'armes ne pouvait avoir
» lieu, même après un testament qui en imposait la
» condition, lorsqu'il y avait opposition de la part des
» mâles, portant le nom et les armes. »

Ces principes réclamaient seulement une main puissante qui sut les mettre à exécution. La Révolution française préféra s'attaquer aux principes eux-mêmes. L'abolition de la noblesse (décr. des 19-23 juin 1790), appelait nécessairement une disposition relative aux noms. Plus de titres, ni de qualifications honorifiques, telles que *monseigneur*, *excellence* et autres ; défense à tout citoyen de prendre un autre nom que celui de sa famille : telle est l'économie de ce décret, en ce qui touche les noms.

Survint le décret du 20 septembre 1792, instituant, aux

lieu et place du clergé, des officiers publics pour recevoir les actes de l'état-civil. Du même coup, les règles ecclésiastiques, qui prescrivaient de ne donner au baptême que des noms tirés du calendrier grégorien, étaient abolies : le choix des prénoms fut libre. On les prit « quelquefois » parmi les êtres abstraits ou les choses inanimées, ce » qui n'était qu'un léger inconvénient, mais plus souvent » aussi *parmi les noms* des personnes existantes, système » qui tendait à introduire la plus dangereuse confusion. » (Miot, rapport sur la loi de germinal an XI.)

La Convention ne s'arrêta pas là : l'anarchie une fois jetée dans les prénoms, elle l'étendit aux noms ; le décret du 24 brumaire an II, sur la demande d'une citoyenne *Goux*, l'autorisa à changer son nom contre celui de *Liberté*, et reconnut « que chacun a le droit de se nommer comme il lui plaît, en se conformant aux formalités prescrites par la loi. »

Sept mois après (3 fructidor an II), la Convention détruisait elle-même son œuvre et reconnaissait son erreur. Voici la partie intéressante du nouveau décret :

Art. 1^{er}. — *Aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance ; ceux qui les auraient quittés seraient tenus de les reprendre.*

Art. 2. — *Il est également défendu d'ajouter aucun surnom à son propre nom, à moins qu'il n'ait servi jusqu'ici à distinguer les membres d'une même famille, sans rappeler les qualifications féodales ou nobiliaires.*

Le désordre était si grand, que, malgré la sévérité de la sanction, la loi resta sans effet ; et il fallut qu'un décret du Directoire du 19 nivôse an VI organisât un système de dénonciation contre les usurpateurs.

En résumé, à la fin de la période révolutionnaire, la législation des noms était celle-ci :

1^o Transfert à l'autorité civile de la tenue des registres de l'état-civil.

2^o Défense à tout citoyen de faire usage d'un surnom ou d'un titre dérivant des droits féodaux. Nous retrouverons à propos des usurpations de noms, les difficultés d'interprétation que cette prohibition a suscitées.

3^o Défense à tout citoyen de prendre d'autres noms et prénoms, que ceux qui sont portés dans son acte de naissance; mais libre choix des prénoms à donner aux enfants.

Au surplus, sous la loi du 6 fructidor, le gouvernement pouvait-il comme dans l'ancien droit, autoriser les changements de noms ?

Le rapporteur de la loi du 11 germinal an XI, qui semble bien placé pour le savoir, répond négativement, s'appuyant sur ce qu'aucune loi, depuis l'abolition de l'ancien régime, n'a maintenu cette faveur, et n'a institué d'autorité pour la concéder. La Cour de cassation, au contraire (13 janvier 1813), a cru trouver chez les législateurs de fructidor an II, l'intention de ne pas abolir la faculté reconnue par l'ancien droit; leur seul but a été, dit-elle, de faire cesser les abus engendrés par les décrets révolutionnaires antérieurs.

Ici se place une loi nouvelle, qui inaugure la série des lois modernes sur les noms : la loi des 11-22 germinal an XI. Elle n'abolit pas les principes reçus; elle comble deux lacunes : 1^o elle autorise et réglemente les changements de noms; 2^o elle restreint le libre choix des prénoms.

Ajoutons-y, sous le premier Empire, quelques décrets ayant pour but de généraliser l'usage de la dénomination par nom et prénoms : le décret du 20 juillet 1808, relatif aux Juifs; ceux de 1811 et 1813, concernant les habi-

tants des provinces conquises en Hollande et dans l'Allemagne du Nord.

Les Juifs allemands n'avaient pas de nom patronymique : ils prenaient le nom d'un personnage biblique, et y ajoutaient le nom de leur résidence. De là des confusions en cas de changement de domicile, et des fraudes qu'il fallait réprimer. Le décret ordonne à tout juif français ou résidant en France, d'adopter, s'il ne l'a déjà, la dénomination par nom et prénoms, de choisir son nom patronymique en dehors des noms de villes ou de l'ancien Testament, et de prendre ses prénoms parmi ceux qu'autorise la loi de germinal. Il doit en faire déclaration dans les trois mois, à l'officier de l'état-civil du lieu de son domicile, s'il est Français, ou de sa résidence, s'il est étranger : le tout sous peine d'expulsion, et même, s'il y a fraude, sous les peines du faux.

Depuis lors, l'attention du législateur s'est constamment et presque exclusivement portée sur un point : réprimer l'usurpation. Jadis l'usurpation de nom n'était qu'une des formes de l'usurpation nobiliaire. Outre l'ambition, elle avait pour mobile le désir d'échapper aux charges qui pesaient sur les roturiers, et de participer aux privilèges des nobles.

En notre siècle, où « tous sont égaux devant la loi », ce mobile n'existe plus. Mais, d'une part, la noblesse subsiste encore : noblesse ancienne, rétablie par l'ordonnance de 1814 ; noblesse nouvelle, créée par le pouvoir impérial. Si la noblesse est dépourvue d'avantages matériels, les signes nobiliaires demeurent une distinction sociale : l'*ambition* a encore intérêt à usurper.

D'autre part, tout un ordre nouveau d'usurpations s'est révélé : le commerce et l'industrie, devenus libres, ont pris un essor inconnu dans le passé. Le nom du producteur, le nom du commerçant a servi à désigner sa

maison, et à marquer ses produits. La concurrence a cherché par des manœuvres déloyales à tromper le public, et à détourner les clientèles. Aux usurpations de la vanité, se sont jointes celles de l'*escroquerie*.

Le législateur s'est à plusieurs reprises préoccupé de ce double souci.

Pour les usurpations nobiliaires, elles portent en général sur des titres, sur des armoiries : ce point sort du cadre de notre étude ; — mais, comme le verra plus tard, l'usurpation atteint aussi les noms de personnes. Certaines formes nominales, quoique parfaitement indifférentes en elles-mêmes, ont pris, dans l'opinion du grand nombre, une signification nobiliaire. Ici l'usurpation a eu beau jeu : Le code pénal était muet ; la monarchie de 1815 encourageait, la monarchie de juillet affectait de dédaigner les usurpateurs de noblesse. Restait la prohibition du décret de fructidor, absolument oubliée et inappliquée. L'opinion publique s'émut, le second Empire rédigea un projet, et le 28 mai 1858, une loi spécialement écrite contre les usurpateurs de titres, rétablissait en le modifiant l'art. 259 du code pénal, abrogé en 1832, et punissait « quiconque sans droit et dans le but de s'attribuer une » distinction honorifique, aura publiquement... changé, » altéré ou modifié le nom qui lui assignent les actes de » l'état-civil. »

A cette loi (1), sont annexés divers actes du pouvoir exécutif (2), réglant la manière d'exécuter les recherches de noms ; nous verrons à quelles difficultés inextricables ces recherches donnent lieu. Quant à la répression pénale, elle est très rarement infligée. M. Prévost-Paradol appelle

(1) Travaux préparatoires : exposé des motifs ; rapport de M. du Miral au Corps législatif ; rapport de M. Delangle au Sénat. (D. P. 58. 4. 58).

(2) Circulaire du garde des sceaux, 29 novembre 1859 (D. Rép. v^o Usurpation, n^o 116) ; décret du 8 janvier 1859 (D. P. 59. 4. 5).

spirituellement notre loi, une « *loi facultative* ». Faut-il pour ce motif demander l'abrogation de l'art. 259 du Code pénal, modifié par elle? Cette mesure radicale est en ce moment proposée à la Chambre, qui l'a prise en considération (proposition de loi de M. *Beauquier* : *Officiel*, 1882, Doc. parl. Chambre, p. 456 et 1302).

Nous ignorons le sort qui l'attend. On a essayé de relever le prestige de la noblesse en en punissant les usurpations trop fréquentes : on n'y a qu'à demi réussi. On essaie aujourd'hui de noyer dans un même courant la vraie et la fausse noblesse : au régime des lois répressives, on veut substituer le régime de la plus absolue liberté. Voici quel est notre humble avis sur l'opportunité de cette proposition :

1^o Malgré tous les changements survenus depuis un siècle, nous sommes encore trop peu éloignés de notre passé historique, pour en abdiquer entièrement un des derniers et des plus vivants souvenirs. Quoi qu'on fasse, la gloire de noms tels que ceux de Richelieu, de Montmorency et tant d'autres, n'est pas près de périr; et il y aura longtemps encore, en dépit de toutes les réactions possibles, un honneur à les porter.

2^o Tant que la vraie noblesse gardera un reste de prestige, l'usurpation cherchera à s'en couvrir. Et si, par la promiscuité des vraies et des fausses distinctions, on espère décourager les usurpateurs, il sera plus difficile d'y arriver qu'on ne pense. Pour supprimer l'usurpation, il faudrait supprimer tout d'abord la vanité humaine : il est peut-être permis de douter qu'on y réussisse.

3^o Enfin, l'auteur du projet de loi se flatte de « mettre fin à ces difficultés inextricables, auxquelles donne lieu la législation actuelle en exigeant les preuves de noblesse. » Comment ce résultat n'a-t-il pas été obtenu de 1832 à 1858, sous le régime de liberté absolue qu'on veut précisément

rétablir? En enlevant simplement une sanction pénale aux usurpations, on ne supprime pas les titres, on supprime encore moins les noms, dont la preuve et la rectification seront toujours possibles, et susciteront nécessairement les mêmes difficultés.

La loi proposée sera un hommage rendu aux principes démocratiques; mais, comme le pressent le rapporteur de la commission d'initiative parlementaire, elle risque fort de n'être pas autre chose.

Nous sommes heureux de pouvoir invoquer à l'appui de nos modestes conclusions l'autorité d'un éminent historien :

« Il semble — dit M. ALFRED MAURY, (1) — qu'il y a » des limites contre lesquelles le mouvement qui nous en- » traîne doit venir se briser. Quand même on serait par- » venu à imposer à tous une instruction identique, cette » instruction que certains gens appellent intégrale, à faire » que tout citoyen ait le même pécule et le même salaire, » la même façon de s'alimenter et de se vêtir, aurait-on » pour cela anéanti au fond des âmes le désir de se dis- » tinguer de la masse où chacun se trouverait noyé? *On » n'aurait pas enlevé à l'individu ce qu'il tient de sa » naissance, ce qu'il a hérité de ses parents et de sa » race...* Oui, on peut supprimer tous les titres, ren- » dre personnels et passagers tous les honneurs,... mais » on ne saurait supprimer le penchant qui pousse l'homme » à chercher quelque supériorité et le dépouiller de tous » les moyens d'y arriver qu'il doit à ses facultés mêmes. »

Depuis longtemps, les intérêts commerciaux et industriels ont attiré l'attention du législateur. L'art. 1382 du

(1) Conclusion d'un article intitulé : *Les titres nobiliaires en France avant et depuis la Révolution*. — Revue des Deux Mondes, 15 déc. 1882.

code civil était démontré insuffisant pour garantir la propriété du nom. Réparer le mal est bien, le prévenir est mieux, surtout quand il atteint en même temps l'intérêt privé et l'intérêt social : l'usurpation de nom est un délit qui demande répression.

D'où la loi du 28 juillet 1824, qui punit de peines correctionnelles une des usurpations les plus fréquentes de ce genre, *l'apposition du nom d'autrui sur des objets fabriqués*.

D'où la loi du 23 juin 1857, qui, en réprimant l'usurpation des marques de fabrique, réprime implicitement *l'usurpation du nom spécialement affecté par son titulaire, à la marque de certains produits*.

Protection plus efficace, mais encore incomplète, et péchant par défaut d'unité. Une proposition de loi de M. BOZÉRIAN (*Off.* 4 juin 1879), prise en considération, par le Sénat (*Off.* 20 juillet 1879), permet d'espérer que, dans un avenir prochain, les lacunes de notre législation seront comblées, et que le nom commercial jouira enfin comme toute propriété, d'une protection absolue et définitive.

PREMIÈRE PARTIE

LE NOM :

SON ACQUISITION, SA PREUVE

Quelles sont les appellations autorisées et prescrites par la loi, comment elles se donnent, se prouvent et se constatent; par quel moyen il est permis de les modifier : tel est l'ensemble des questions à soulever, avant d'étudier la notion même du nom et ses effets juridiques.

CHAPITRE PREMIER

DES DIFFÉRENTS NOMS

ET DE LEUR MODE NORMAL D'ACQUISITION

§ 1. — *Dénominations reconnues par la loi française.*

Nom et prénoms : voilà les deux seules dénominations que la loi, d'accord avec l'usage, permette et ordonne à tout Français de porter.

Quant aux surnoms personnels, — ceux qui ne sont pas devenus des noms, — le législateur, sans les reconnaître, protège les situations occasionnées par eux, notamment en matière commerciale.

L'usage des « *noms de guerre* » ou pseudonymes, très fréquent dans le monde artistique, est aussi consacré. J'en dis autant des « *noms de religion* » : rien ne tend à attribuer à ceux qui les portent, une distinction honorifique (Art. 259, Pén). La loi protège tous ces noms : mais jamais la possession, si prolongée qu'elle en soit, ne peut les transformer en noms patronymiques.

Enfin, à côté du nom, se placent les titres nobiliaires et les qualifications honorifiques.

Les *titres* étaient autrefois — on l'a vu, — essentiellement attachés à la possession de la terre. Vers les deux derniers siècles de la monarchie apparurent les titres personnels, on vit des *prince de Bergues*, des *comte de Chamillart*, ayant au lieu d'une terre, un simple nom accolé à leur titre. Les nobles de vieille roche s'indignaient en secret, et déversaient leur encre contre ces ducs à *brevet*, qui n'ont « que la marque des autres ducs, » dont ils ne sont *que la vaine et futile écorce*. » (SAINT-SIMON, mémoires, chap. 372).

Autres temps, autres mœurs : ce qui était l'exception est devenu la règle : il n'existe plus aujourd'hui que des titres personnels, s'ajoutant au nom sous forme de qualification nobiliaire. Aussi a-t-on pu déclarer que « le titre » s'unit et adhère au nom, comme le nom à la personne ; « il s'y attache, il s'y incorpore, et de même qu'il en » est la décoration, de même *on peut dire qu'il en » forme une dépendance légale.* » (1)

(1) Rapport de M. GUILLEMARD, précédant un arrêt de la cour de Paris, *Gaz. des Tribunaux*. 18, 19 avril 1864.

Dépendance, soit, mais dépendance spéciale, soumise à des règles de transmission, de preuve, de compétence, différentes de celles du nom. Ces règles constituent le « droit nobiliaire » ; et pour les faire rentrer dans une étude générale sur les noms, il faudrait en forcer le cadre, mêler et trop souvent confondre le principal avec l'accessoire : le titre n'est examiné ici, que dans les questions où il présente une certaine connexité avec le nom.

Les *qualifications honorifiques* sont plus intimement liées peut-être au nom : ce sont des termes généraux donnés en signe de déférence, ou pris en signe de supériorité, par certaines personnes d'un rang élevé. Les ministres prenaient, il n'y a pas bien longtemps, le titre d'« *Excellence* » ; on donne aux évêques celui de « *Monseigneur* ».

« Il sera libre aux archevêques et aux évêques d'ajouter à leur nom le titre de *Citoyen*, ou de *Monsieur*. » Toutes autres qualifications sont interdites. » Ainsi s'exprime l'art. 12 de la loi organique du 18 germinal an X, rééditant pour un cas isolé, les prohibitions générales de la loi de 1790.

La question *en droit* n'est pas douteuse : les évêques doivent se contenter du qualificatif aujourd'hui bien déchu, mais autrefois très considéré, sous lequel furent constamment désignés *monsieur* de Meaux, *monsieur* de Cambrai, et tant d'autres illustres prélats.

En fait, l'accorder ou le refuser à un évêque, est bien plus une question d'opinion religieuse que de droit. Il est à remarquer qu'un évêque prend rarement lui-même ce qualificatif : il le reçoit des autres. Aussi la loi de germinal, qui en punit l'appréhension par l'évêque seul, trouverait-elle difficilement à s'appliquer.

Il n'est pas douteux que le nom ne soit, comme l'état-civil dont il est le résumé, du statut personnel des Français ; tout nom pris à l'étranger en contravention à la loi de

germinal, même conformément à la loi étrangère, est absolument sans existence juridique, auprès de la loi française.

Réciproquement, il faut admettre comme une nécessité de fait, une conséquence régulière des principes, et un devoir de bienveillance internationale, que les étrangers ont en France les dénominations et titres que leur attribue la loi étrangère, quand même cette dénomination ne se composerait pas du nom et des prénoms.

Viendraient-ils à résider en France, qu'on ne pourrait les contraindre à modifier leur nom : le décret de 1808 s'applique exclusivement et limitativement aux juifs.

Mais une importante restriction s'impose. Aux termes de la loi de germinal an XI, « les noms... et les prénoms... *pourront seuls être reçus* sur les registres de l'état-civil à constater la naissance des enfants, et *il est interdit aux officiers publics d'en recevoir d'autres.* » Aucun doute n'est possible : l'enfant né en France d'un étranger ne peut recevoir d'autres dénominations, que celles qu'autorise la loi française, quand même sa loi nationale lui en reconnaîtrait d'autres : les textes sont formels.

§ 2. — *Acquisition du nom patronymique.*

Le nom patronymique est en dehors de toute modification arbitraire ; il appartient à la famille et s'impose à elle. D'où les conséquences suivantes :

I. L'enfant légitime prend le nom de son père, et de son père seul. Il lui est interdit d'ajouter à son nom le nom de sa mère (Nîmes, 15 déc. 1810, *Capdeville*, D. R. v^o *Nom.* n^o 46). Autrefois, dans certaines coutumes, celle de Champagne, par exemple, la noblesse se transmettait par les femmes : le titre, s'il y en avait, le nom maternel s'ajoutait pour les enfants au nom paternel ; les deux noms fondus

en un, formaient le nom de la descendance. Mais la noblesse utérine fut abolie par la jurisprudence des Cours souveraines, longtemps avant la Révolution française, et avec elle périt la transmission du nom maternel. Quand aujourd'hui le nom d'une ascendante maternelle vient à être réclamé, les tribunaux ont à examiner si la noblesse utérine existait encore à l'époque où la transmission de ce nom a dû s'opérer : si oui, le nom s'est adjoint légalement, il doit être maintenu ; si non, le nom maternel est un nom usurpé, il ne saurait être valablement revendiqué (en ce sens : Paris, 15 avril 1837).

II. L'enfant naturel légitimé par mariage subséquent, prend *ipso jure* le nom de son père, encore qu'il ait été connu jusque-là sous un autre nom.

III. L'enfant naturel dont *la paternité seule* est établie prend, comme dans l'ancien droit, le nom de son père. Peu importe, de l'avis de tous aujourd'hui, que la reconnaissance ait lieu dès la naissance ou plus tard ; peu importe que le nom du père figure ou non dans l'acte de naissance (contra : Aix, 18 avril 1817). Fils d'une personne, le premier de mes droits est de proclamer ma filiation ; me refuser le nom de mon auteur, c'est me priver de mon état civil, dont le nom est l'expression résumée et nécessaire.

IV. L'enfant naturel dont *la maternité seule* est établie, prend de même le nom de sa mère.

Mais que décider lorsque la paternité de cet enfant vient à être établie postérieurement à sa maternité ? L'enfant connu sous le nom de sa mère devra-t-il bon gré mal gré changer le nom de celle-ci contre le nom de son père ? A l'inverse, se verra-t-il impitoyablement refuser un nom auquel il aurait eu droit, si sa paternité avait été plus tôt reconnue ?

Une première théorie laisse aux tribunaux le pouvoir

d'apprécier, suivant les circonstances, suivant l'honorabilité du père ou de la mère, quel nom il convient de donner à l'enfant : c'est la plus équitable, non la plus juridique.

M. DEMOLOMBE (*Traité de la paternité*, n° 543) voit dans le nom un moyen de preuve « usuel et populaire » des nouveaux rapports entre père et fils ; selon lui, c'est une nécessité pour celui-ci d'accepter le nom de celui-là.

Cette solution nous paraît plus conforme aux traditions juridiques. Si le nom n'était établi que dans l'intérêt de l'enfant, on comprendrait que le tribunal eût le choix. Mais d'une part le nom, c'est le résumé de l'état civil, c'est spécialement le signe de la filiation : la paternité en est la source et le principe. D'autre part, l'ordre public pose cette règle aussi bien à l'encontre de l'enfant qu'en sa faveur ; je crois que *de plano*, par le fait même de la reconnaissance de sa paternité, l'enfant naturel change de nom. D'où il suit :

1° Que le père ne peut contester à son fils le droit de porter son nom, quand bien même ce nom ne serait pas contenu dans son acte de naissance ;

2° Que la mère et la famille de la mère, peuvent faire défendre à l'enfant de continuer à prendre le nom maternel, quand même ce nom serait mentionné dans l'acte de naissance ;

3° Que l'enfant peut demander, et que les tribunaux qui rendent un jugement établissant la paternité naturelle, peuvent ordonner d'office, la rectification des actes constatant son état civil. (Art. 856, C. proc.) ; l'enfant acquiert ainsi non pas un nom nouveau, mais une preuve matérielle de sa filiation, et du nom qui en résulte pour lui.

Une autre difficulté se pose dans le cas où l'enfant est reconnu par le père pendant le mariage, comme né antérieurement d'une autre que de sa femme ?

L'art. 337 du code civil décide que cette reconnaissance

« ne peut nuire ni au conjoint, ni aux enfants nés de » ce mariage. » D'où la question de savoir si l'enfant reconnu peut, sans causer un pareil préjudice, prendre le nom du père qui le reconnaît, conformément aux principes ordinaires.

Quelques auteurs (MOURLON, t. I, n° 978) lui accordent ce droit. Mais pour quel motif lui refuser alors des aliments ? La dette alimentaire grèverait, dit-on, la famille légitime, et lui causerait préjudice. Mais ce port du nom de la famille par un étranger, n'est-il pas souvent un préjudice moral plus grave, que celui qui résulte des charges alimentaires ? D'ailleurs, le nom peut devenir une source de bénéfices pécuniaires : l'enfant naturel qui prendrait le nom de son père, dans une entreprise commerciale, causerait à la famille légitime un préjudice matériel, en opposition formelle avec l'art. 337.

V. L'enfant adultérin ou incestueux n'a qu'exceptionnellement sa filiation établie. En pareil cas, faut-il lui appliquer l'arrêt du Parlement de Paris du 18 juin 1707, et décider qu'il prend le nom de son père, et à défaut de celui-ci, le nom de sa mère ?

C'est encore, je le crois, cette dernière solution qui doit être admise (MERLIN, Rep. V° Nom, § 1, 2° ; M. DEMOL. V, 596 ; AUBRY et RAU, § 572, 3°), toujours en vertu de cette connexité qui relie le nom à la filiation.

Tout père donne aujourd'hui son nom à son fils ; tout fils prend le nom de son père : il n'existe d'exception à cette règle, que quand la filiation étant inconnue, rend inconnu le nom lui-même. Dès que l'obstacle matériel cesse, l'effet cesse immédiatement. L'enfant *reprend*, plutôt qu'il ne l'acquiert, un nom auquel il avait droit dès sa naissance, et qu'il ne portait pas parce qu'il ignorait ou était censé l'ignorer.

Un auteur (M. BÉDEL, Traité contre l'adultère, n° 98), a proposé la distinction suivante : l'enfant adultérin ou

incestueux prendrait le nom de sa mère, non celui de son père. Mais cette solution doit seulement être citée : elle ne repose ni sur un texte, ni sur un principe : elle est purement arbitraire.

§ 3. — *Acquisition des prénoms.*

Si les noms de famille s'imposent, il n'en est pas de même des prénoms : le libre choix en est donné à certaines personnes, dans les limites fixées par la loi de germinal (art. 1^{er}).

Le choix des prénoms à donner à un enfant, tant légitime que naturel, appartient à celui qui possède sur lui la puissance paternelle au moment de la naissance.

Les prénoms une fois donnés le sont définitivement.

Le nombre des prénoms n'a point été limité.

Quant au vocabulaire dans lequel on doit les prendre, il comprend uniquement « les noms en usage dans les différents calendriers », et « ceux des personnages connus dans l'histoire ancienne. »

L'emploi de noms d'animaux ou de végétaux, de noms patronymiques donnés comme prénoms, est désormais prohibé : il est défendu aux officiers de l'état-civil de les recevoir.

La question s'est récemment posée à propos d'un jeune citoyen que ses parents voulurent baptiser des noms de « *Lucifer-Blanchi-Vercingétorix* ». Le troisième de ces prénoms me semble réunir toutes les conditions légales : l'officier public les refusa tous trois ; et l'enfant menaçait de rester sans acte de naissance, quand il vint à mourir : la solution était cruelle, mais radicale.

APPENDICE. — *Des noms et prénoms à donner aux enfants déclarés nés de père et mère inconnus, et aux enfants trouvés.*

Les nouveaux-nés de ces deux catégories sont nombreux, et leur situation est particulièrement intéressante.

Un décret du 19 janvier 1811 prévoit le cas des *enfants trouvés*.

Si l'enfant est présenté directement à l'officier de l'état civil par la personne qui l'a trouvé (art. 58, C. civ.), c'est cet officier qui lui donne un nom et des prénoms.

Si l'enfant a été porté dans un hospice, c'est à l'administration hospitalière qu'incombe ce soin.

Les prénoms sont conférés conformément à la loi de germinal an XI.

Le nom, dit le décret, doit être de forme distinctive, ni ridicule, ni déshonorant pour l'enfant ; il faut de plus éviter de le choisir parmi des noms connus pour appartenir à des familles existantes.

Dans le silence de la loi, on applique ces mêmes règles aux enfants présentés comme nés de père et mère inconnus : nom et prénoms leur sont donnés par l'officier de l'état-civil.

Pour tous ces enfants, le nom ainsi reçu est un nom *supplétif* : ce n'est pas le nom véritable, le nom auquel leur filiation inconnue leur donne droit. Ils le gardent à défaut d'autre, le transmettent à leurs descendants ; mais la reconnaissance si tardive qu'elle soit de leur filiation, opère à leur profit un changement ou mieux une restitution du nom de leur auteur ; ils le reprennent conformément aux règles que nous venons d'exposer.

CHAPITRE II

DE LA RECHERCHE ET DE LA PREUVE DES NOMS

La connaissance exacte des noms intéresse tout le monde : l'État, comme les particuliers. Dans les questions de rectification, de changement, d'usurpation de nom, civile ou commerciale, la preuve en devient nécessaire, lente ou rapide, simple ou complexe, suivant la nature de la contestation, et l'élément de preuve sur lequel elle porte.

Deux éléments sont en général nécessaires pour établir le nom d'une personne :

1^o Sa filiation.

2^o Le nom de sa famille.

Au fils, le nom de son auteur : tel est le principe, admis en matière de descendance légitime, naturelle, quelquefois même adultérine. Il cesse seulement de s'appliquer là où il n'y a plus trace de famille légale, plus de filiation établie, plus de nom patronymique.

Quel est le nom de cet auteur? — Le nom qu'il a lui-même reçu des siens : le nom de la famille, l'héritage exclusif mais forcé de chacun de ses membres.

La recherche de la filiation consiste à établir un rapport unique, un lien de parenté entre un individu et un autre individu.

Pour établir le nom d'une famille, c'est une suite de rapports qu'il faudrait établir. On remonterait par les ascendants intermédiaires jusqu'à la souche commune, jusqu'à l'auteur du nom.

Mais une pareille recherche est presque toujours impraticable : l'absence de documents primitifs, le désordre qui régna dans la législation des noms sous l'ancienne monarchie, la destruction des titres et la suppression des noms féodaux ordonnée par les lois révolutionnaires, couvrent le passé des familles d'une obscurité profonde. En pareille situation, que pouvait faire le législateur moderne ?

Pour le présent, consacrer l'état de choses actuel, tant qu'il ne serait pas contesté, et laisser aux intéressés la faculté de se pourvoir contre des situations qui lésaient leurs droits.

Pour l'avenir, consigner soigneusement les noms par écrit, veiller à leur conservation, empêcher les altérations accidentelles ou coupables, les rectifier au besoin, prohiber les changements et usurpations arbitraires.

Pour le passé, si les intéressés s'y reportent, consulter les documents qui subsistent, et à défaut de documents, consacrer la possession, fut-elle vicieuse, vu l'impossibilité matérielle d'en constater le fondement.

Le législateur ne l'a pas fait en termes positifs ; mais l'ensemble des textes et des travaux préparatoires relatifs aux lois sur les noms, montre bien que tel est son esprit, que telle doit être la ligne à suivre, dans la délicate question de la recherche et de la vérification des noms.

§ 1. — *Premier élément de preuve du nom : la filiation.*

Les enfants adultérins ou incestueux et les enfants nés de père et mère inconnus, sont les seuls qui n'aient point de filiation légale, les premiers en vertu d'une prohibition

de la loi, les seconds à cause d'un obstacle de fait. Ils sont, quant au nom, leurs propres auteurs : leur nom se prouve par l'acte de naissance. Pour toute autre personne, la preuve du nom est attachée à la preuve de la filiation, qui sort du cadre de cette étude.

Je dois cependant insister sur deux moyens de preuve de la filiation, qui supposent connu, sinon le nom véritable d'une personne, du moins le nom qui lui est attribué. L'*acte de naissance* mentionne les noms des père et mère ; la *possession d'état* implique le port du *nomen* du père légitime. Il y a là un nom *de fait*, une *possession de nom* qui concourt à la preuve de la filiation, et par suite à la preuve du nom *de droit* ; possession de nom qui doit être ici brièvement étudiée.

I. — *Nom contenu dans l'acte de naissance.* — Sans les noms des père et mère, il est impossible de prouver la filiation. Mais quand la mention du nom des auteurs est-elle régulière ?

A) ENFANTS LÉGITIMES. — La mention est non seulement régulière, mais obligatoire ; c'est un devoir pour l'officier de l'état-civil, d'insérer les noms des père et mère dans l'acte de naissance des enfants légitimes. Aussi un enfant inscrit sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus, qui prétendrait à une filiation légitime, pourrait-il en faire la preuve par témoins, pourvu qu'il apportât à l'appui de sa demande soit un commencement de preuve par écrit, soit des indices graves (art. 323, C. civ.).

B) ENFANTS NATURELS. — Le nom du père naturel est-il inséré avec son consentement ? L'insertion est valable, et implique reconnaissance. Est-il inscrit sans son consentement ? L'inscription est nulle et de nul effet.

Le nom de la mère, inséré avec l'assentiment de celle-ci,

implique également reconnaissance. Double controverse, au contraire, sur la valeur d'une insertion du nom de la mère, opérée sans son consentement.

En premier lieu, l'officier public peut-il exiger de ceux qui déclarent la naissance, la déclaration du nom de la mère ?

Premier système : il le peut, et devant leur refus il peut se refuser à dresser l'acte. Bien plus, les déclarants seront passibles de peines portées par l'art. 346 du code pénal (Paris, 20 avril 1843).

Un second système, admis par la pratique, adopte la même solution, en supprimant la sanction pénale (Cass. crim., 16 sept. 1843, S. 43. 1. 915).

Un troisième, fort répandu en doctrine, lui défend d'exiger la déclaration. Sans doute, l'art. 57 prescrit l'énonciation dans l'acte, des noms, prénoms, professions et domicile des père et mère; mais il se réfère uniquement à l'état-civil des enfants légitimes : ou sinon, l'officier public pourrait exiger qu'on lui déclarât le nom du père naturel, ce que personne n'oserait soutenir. Comme conséquence de ce système, qui est le nôtre, si les déclarants refusent de nommer la mère, l'enfant doit être inscrit comme né de père et mère inconnus.

En second lieu, si cette déclaration est faite malgré la mère ou à son insu, que doit faire l'officier de l'état-civil ?

Premier système : il ne doit pas l'insérer. Il ne peut insérer que ce qui doit être déclaré par les comparants (art. 35, C. civ.) ; or la déclaration du nom de la mère n'est exigée nulle part. Elle est de plus inutile ; la maternité naturelle ne peut se prouver par l'acte de naissance : cet acte ne vaut même pas comme commencement de preuve par écrit. En conséquence, la mention susdite

est dénuée de toute force probante (1), et l'acte appelle une rectification.

Deuxième système : il doit l'insérer. Si l'acte ne prouve pas la maternité naturelle, il peut du moins fournir à l'enfant des indices graves qui lui serviront à l'établir.

Nous préférons le troisième système, qui concilie les deux théories extrêmes : l'officier public *peut* insérer, mais ne le *doit* pas. Il peut insérer, à cause de l'avantage éventuel qu'en tirera l'enfant comme indice de sa maternité. Il ne le doit pas, parce qu'aucune loi n'exige la déclaration et par suite l'insertion du nom de la mère naturelle (3^e solution de la 1^{re} controverse). C'est une question laissée à son appréciation personnelle.

C) Enfants adultérins ou incestueux. — Il est défendu d'insérer les noms du père et de la mère, même sur la réquisition de ceux-ci. Jamais une pareille insertion ne peut prouver la filiation ; un procès criminel peut seul l'établir.

II. — *Possession du nom considérée comme élément de la possession d'état.* — Trois éléments composent cette dernière : « *nomen, tractatus, fama* ». Le législateur considère comme un signe de la filiation l'usage constant, public, incontesté, en un mot la *possession du nom*. En prouvant la filiation, cette possession prouve le *nom de droit*. C'est là un premier effet de la possession du nom. Nous en retrouverons plus loin un second.

(1) La jurisprudence admet aujourd'hui que la mention du nom de la mère naturelle, quand l'identité de l'enfant n'est pas contestée, peut prouver la maternité naturelle (Cass. 23 nov. 1868, Sir. 1869. 4. 5).

§ II. — *Deuxième élément de preuve : le nom
des ascendants.*

Ici le législateur s'est heurté de tout temps contre des obstacles matériels. Comment retrouver le véritable nom des familles, lorsque tant d'événements politiques sont venus successivement en faire disparaître les preuves ? Pourtant c'est un principe incontestable, que la possession prolongée est impuissante pour éteindre le nom originaire d'une personne, et lui en faire acquérir un nouveau ; c'est donc à ce nom primitif, si ancien qu'il soit, qu'il faut se reporter en cas de contestation sur le nom des familles.

La loi du 20 septembre 1792 a généralisé et régularisé la tenue des registres de l'état-civil : depuis cette époque, grâce au droit de rectification et à la surveillance des tribunaux, l'état-civil est devenu un moyen de preuve sérieux et digne de foi.

Avant 1792, l'état-civil, tel que nous le comprenons, n'existait pas. L'ordonnance de Villers-Cotterets (1539) avait prescrit la constatation sur des registres spéciaux de deux actes de la vie religieuse : baptême, décès. L'ordonnance de Blois (1579) y ajouta le mariage.

Ces registres faisaient foi en matière civile. Mais outre qu'ils n'étaient pas toujours bien tenus, jusqu'en 1787 ils étaient restés fermés aux membres des religions dissidentes. Ajoutez que, à côté des noms patronymiques, existaient fréquemment des noms féodaux, soumis à des règles d'acquisition spéciales : les registres pouvaient ne pas les constater. Ainsi s'expliquent les nombreux tâtonnements de la jurisprudence, et la peine inutile qu'a prise le législateur de 1858, pour trouver une formule de loi capable d'aplanir les difficultés.

La preuve du nom de famille se fera donc différemment, suivant que la contestation portera sur un état de choses antérieur ou postérieur au droit révolutionnaire. Dans le premier cas, le nom se prouvera par les actes de l'état-civil, dans le second, par un mode de preuve plus large, par ce qu'un document officiel daté de 1859 a assez exactement appelé « *l'état légal* » des familles.

I. — ETAT DE FAIT POSTÉRIEUR AU DROIT RÉVOLUTIONNAIRE. — *Preuve par les actes de l'état-civil.*

Tandis que l'acte de naissance prouve à lui seul la filiation, c'est l'état-civil tout entier, l'ensemble des actes de naissance, de mariage ou de décès de toute la famille, qui établit le nom lui-même. Car le nom appartient collectivement à tous les membres ; il est le même pour tous ; c'est parce que les ancêtres l'ont porté, et tel qu'ils l'ont porté, que les petits-neveux le portent à leur tour. Si une altération vient à se produire, soit par fraude, soit par négligence, si le nom est mutilé, augmenté, estropié en quelque façon, l'ensemble de l'état-civil proteste contre cette irrégularité, et les intéressés peuvent demander rectification.

II. — ETAT DE FAIT ANTÉRIEUR AU DROIT RÉVOLUTIONNAIRE. — *Preuve par l'état légal des familles.*

Autant les contestations précédentes sont rares, grâce à la bonne tenue des registres de l'état-civil, autant celles qui portent sur les noms de forme ou d'origine féodale sont fréquentes et compliquées.

« La loi — dit M. DELANGLE — confère aux tribunaux » la mission de rechercher, de constater ce qu'était, » avant la naissance du réclamant, *l'état légal* de sa » famille, de le reconstituer, de le lui rendre intact. » (Circulaire du 22 nov. 1859.)

L'état légal n'est autre chose que l'état de fait, la possession, mais la possession en conformité avec les lois. Voici donc un nouvel effet de la possession du nom. Élément de la possession d'état, elle concourait à la preuve de la filiation et du droit *individuel* au nom. Elle sert à présent, dans l'esprit même de la loi, à établir le droit *collectif* de la famille, le nom patronymique lui-même.

Remarquons-le bien, si prolongée qu'elle soit, la possession *n'engendre pas* le droit. *Le nom est imprescriptible*, ç'a été un principe admis de tout temps : « Caius sera toujours Caius — écrivait DUNOD dans son *Traité des Prescriptions*, — quoi qu'il ait passé pendant trente » ou quarante ans pour Titius. » D'Aguessau n'est pas moins formel. Le nom ne se perd pas plus qu'il ne s'acquiert par prescription. L'orthographe même en est inaltérable : une possession plusieurs fois centenaire n'ôterait jamais aux intéressés le droit de rectification (Cass., 8 mars 1841, d'*Adhémar*, D. Rép. v° Nom, n° 17, note 2 ; 2 fév. 1881, *Brossand de Juigné*, D. P. 1881. 1. 337.)

Si la possession ne crée pas le nom, elle le prouve. La loi raisonne ainsi : si une possession de nom a été acceptée par tous, il est à présumer, à défaut de documents, qu'elle était acceptable. Si le fait n'a pas été réprimé, il faut, jusqu'à preuve du contraire, considérer le fait comme non répressible, c'est-à-dire comme conforme au droit.

Nous ne saurions donc admettre les conclusions de la cour de Riom, qui dans l'arrêt très critiqué du 2 janvier 1865 (Aff. *Crussol*, D. 65. 2. 17), a posé le principe contraire : « le *droit* de porter un nom, — selon » elle, — repose bien plus sur la possession de fait que sur » des titres proprement dits ; la possession est le titre

» principal, pour ne pas dire le titre unique à consulter en
» cette matière, ce qui a fait dire à Dumoulin que la pos-
» session est plutôt ici un titre qu'une prescription : *non*
» *dicitur præscriptio, sed titulus.* » Elle invoque à l'ap-
pui de sa thèse l'instabilité des noms sous l'ancien régime,
le peu de fixité de leur orthographe, malgré l'ordonnance
de 1555. Elle en tire cette conséquence que « la loi n'ayant
» réglé ni la durée, ni les conditions de cette possession,
» *les juges se trouvent investis du pouvoir d'apprécier sou-*
» *verainement, en fait et en droit, les caractères de cette*
» *possession, et la portée qu'il convient de lui attribuer*
» *dans chaque espèce...* ; qu'on ne saurait, sans iniquité,
» arracher à un citoyen le nom qu'il tient de son père ou
» de ses aïeux *les plus proches*, pour l'obliger à reprendre
» un nom depuis longtemps oublié, sous le prétexte que,
» dans les siècles passés, ce nom aurait été porté *par ses*
» *premiers ancêtres.* »

La cour, en énonçant pour mémoire le principe « que
les noms sont imprescriptibles », en restreint l'application
aux générations « auxquelles peuvent se rattacher, *dans le*
temps présent, des intérêts moraux et matériels. » L'im-
prescriptibilité du nom se réduit pour elle en sa mise « hors
du commerce », en son inaliénabilité.

Il y a, dans cet arrêt, une perpétuelle confusion entre
le mode d'acquisition du nom et son mode de preuve. Que
la possession soit l'unique moyen de constater aujourd'hui
certains noms, s'ensuit-il nécessairement qu'elle en ait été
le fondement et l'origine ? Qu'une incertitude ait régné long-
temps dans la forme de ces noms, par suite du défaut de
preuve écrite, en concluons-nous que, parmi toutes les
formes employées, le tribunal ait la faculté de choisir celle
qui lui plaît, celle qui lui paraît le mieux répondre aux
intérêts des demandeurs, la plus récente par exemple ?

Une comparaison montrera encore mieux le vice de ce système.

En 1808, un décret impérial ordonna aux juifs d'« adopter » un nom patronymique. Libre au moment de l'adoption, ce nom devient aussitôt obligatoire, définitif, transmissible aux descendants.

Nos ancêtres, du IX^e au XII^e siècle, ne firent pas autre chose. C'étaient les nécessités sociales qui les amenèrent à accomplir une formalité, à laquelle les Juifs modernes furent réduits par une coercition légale. En admettant que le choix, l'usage primitif des noms ait été arbitraire, il est certain qu'au XII^e siècle, les noms patronymiques étaient constitués dans leur ensemble, et que *la coutume* les maintenait dans les familles et les transmettait héréditairement.

Que des usurpations nombreuses aient eu lieu, il ne s'ensuit pas qu'elles aient infirmé le droit. L'ordonnance de 1555 en établissant des peines contre les usurpateurs, le consacra dans les termes les plus formels. Qu'importe qu'à son tour, elle soit restée maintes fois inappliquée ?

C'est donc « l'appréhension, fait instantané, non la possession, fait durable et successif », (1) qui a créé le droit au nom. Les tribunaux ont à consulter cette possession : mais le conflit de deux possessions contraires ne leur donne pas le droit de décider souverainement, au mieux des intérêts des parties.

La possession n'est qu'une présomption du droit. Entre plusieurs présomptions contradictoires, c'est la plus forte que les tribunaux ont à chercher. Or, la possession la plus ancienne, étant la plus voisine du nom originaire, qui est le véritable nom de droit, doit être vraisemblablement celle qui s'en rapproche le plus. C'est elle que les tribunaux devront confirmer.

(1) LÉVESQUE, Droit nobiliaire français, n° 498.

Examinons les qualités que doit avoir la possession pour prouver le nom. Nous les résumerons en trois. La possession doit être : 1^o Certaine ; 2^o Effective ; 3^o Non contraire aux lois.

A) POSSESSION CERTAINE. — Pour les possessions d'origine antérieure à 1789, le rapport de M. de Royer, précédant le décret du 8 janvier 1859, indique comme moyens de preuve : « Un acte régulier de collation, de reconnaissance ou d'autorisation, s'il y a lieu ; l'ancien état-civil, s'il existe ; des actes de fonctionnaires publics, ou des documents historiques. »

Acte de collation, de reconnaissance ou d'autorisation. — C'est la plus concluante de toutes les preuves. Quand une décision royale a conféré un titre nobiliaire donnant droit au nom, ou confirmé un droit douteux, ou formellement autorisé un changement de nom, l'origine même du nom est connue : il y a plus qu'une présomption de droit, il y a une certitude. Mais de pareils documents sont rares ; ils peuvent être perdus, ou n'avoir jamais existé.

Actes de l'ancien état-civil. — Le rapport ne les met qu'en seconde ligne, parce qu'ils n'offrent pas, comme les actes de l'état-civil moderne, une certitude aussi absolue. Cette réserve faite, il faut reconnaître qu'ils sont un des moyens de preuve les plus abondants et les plus concluants : aussi la Cour de cassation déclare-t-elle « qu'en faisant prévaloir les actes de l'état-civil sur les actes et documents authentiques, la cour de Paris, bien loin d'avoir violé l'art. 45 du code Napoléon, et les principes ordinaires en matière de rectification des actes de l'état-civil, en a fait, au contraire, une juste application. » (Cass. 5 janvier 1863, *Palisot*, D. 63. 1. 453.)

Actes des fonctionnaires publics. — Les actes judiciaires sont surtout d'un grand poids. Un nom s'y trouve-

t-il accordé par un plaideur à son adversaire ? Tout porte à croire que ce nom est véritablement le sien.

Les actes extrajudiciaires ont moins d'autorité ; mais, faute d'autres, on en est le plus souvent réduit à se contenter de leur témoignage.

Documents historiques. — Sous cette rubrique, d'une portée évidemment très large, on peut ranger les papiers d'Etat, négociations diplomatiques, conventions, règlements... etc.

La jurisprudence va encore plus loin. Elle ne craint pas d'admettre à l'appui de la possession, des *actes sous-seing privé* ayant date certaine (Cass. 10 juin 1833), se réservant d'ailleurs d'en apprécier le mérite, et de les repousser si elle juge qu'aucun des signataires n'a eu intérêt à contester le nom (Agen, 28 déc. 1857).

Enfin, plusieurs tribunaux ont voulu voir dans les simples signatures, des motifs suffisants pour rejeter ou admettre les demandes. Si les ancêtres ont signé de leur nom de terre sur les pièces représentées, c'est, dit-on, que ce nom leur appartenait ; s'ils ont signé de leur nom patronymique, c'est qu'ils n'avaient pas d'autre nom féodal. La première proposition est vraie : la signature composée du nom seigneurial, est une preuve de la possession de ce nom, car c'est un fait de possession : elle rentre à ce titre dans les actes sous seing-privé. Mais la seconde est fausse : elle aboutit à punir l'obéissance à la loi. L'ordonnance de 1629 défend aux nobles d'employer comme signature un autre nom que leur nom de famille ; les rares intéressés dont les ancêtres auront suivi la loi, seront donc déchus de tout droit au nom seigneurial ; les fils des usurpateurs, ou de ceux qui n'ont pas pris souci de l'ordonnance, auront, au contraire, une preuve parfaite.

La portée réelle de la signature consiste en ce qu'elle

donne, par les actes publics ou privés qui la revêtent, l'indication d'un fait de possession. Mais son rôle se borne là : la possession du nom seigneurial peut très bien avoir existé *malgré* l'usage du nom patronymique comme signature ; on peut l'induire d'autres faits. La signature n'est et n'a jamais été considérée « que comme un sceau mis au bas d'un acte, pour certifier et confirmer comme sincères les affirmations qu'il contient. »

Quant aux généalogies dressées par les particuliers ce sont le plus souvent des œuvres de fantaisie. Les tribunaux, loin de les accueillir, ne sauraient trop s'en méfier.

B) POSSESSION EFFECTIVE. — J'ai dit plus haut que le nom patronymique originellement adopté l'est définitivement, et devient immuable, *inamissible*. Mais le nom dit « *nom féodal* », celui que les familles tiraient de leurs terres, et ajoutaient à leur nom patronymique soit comme surnom distinctif, soit comme signe honorifique, ne devenait proprement un « nom », que quand les personnes en droit de le prendre le prenaient en réalité. Ici il faut reconnaître que la possession est plus qu'un moyen de preuve : c'est un des éléments nécessaires pour constituer le droit sur un nom.

Rien n'obligeait l'acquéreur ou sa famille à profiter de la coutume et à modifier son nom patronymique en y ajoutant le nom de son fief. Divers membres pouvaient opérer une addition ; d'autres pouvaient en opérer une autre ; d'autres enfin, s'en tenir à leur nom d'origine. Il s'ensuit que, pour se rattacher à une même famille, deux personnes peuvent très bien n'avoir pas droit au même nom : il suffit qu'un de leurs ascendants intermédiaires ait choisi un nom féodal spécial : ce nom est devenu la propriété de sa descendance, non du reste de la famille.

Le possesseur d'une terre, au lieu d'en adjoindre sim-

plement le nom au sien, exprimait souvent les qualités de *seigneur, sire, sieur de...*, et énumérait à la suite les noms de toutes ses propriétés. Faut-il voir dans cette manière d'user des noms de fiefs une intention assez manifeste de les prendre pour « noms propres ? » A notre avis, la question ne comporte pas de solution absolue.

C'était dans les familles nobles un usage assez fréquent que tous les enfants prissent le nom de la seigneurie, et que l'aîné le fit seul précéder du titre honorifique de « seigneur ». On ne peut certainement voir dans le privilège de l'aîné, un motif pour lui refuser le droit qu'on accorderait aux autres enfants. Mais d'autre part, une longue suite de noms féodaux reliés au nom patronymique par le titre de *seigneur*, trahit plutôt chez celui qui les énumère l'intention d'étaler tous ses fiefs, que celle d'en prendre définitivement les noms. (Douai, 12 août 1863, S. 64. 2. 103.) Nous croyons qu'il vaut mieux s'en remettre à la prudence des tribunaux, qui auront à rechercher le sens de la possession invoquée, et en décideront souverainement.

Tout récemment, la cour de Dijon a rejeté la demande suivante, comme fondée sur une possession insuffisamment établie. Le sieur *Lambert*, français d'origine irlandaise, réclamait comme ayant appartenu à son auteur, le nom de *de Ballyhier*, tiré d'un fief que possédait celui-ci. Pour prouver que le titulaire du fief avait réellement porté le nom qu'il était en droit de prendre, le requérant présentait diverses pièces, entre autres des lettres patentes « de maintenue de noblesse », décernées par un souverain étranger à une branche issue du même auteur que lui, mais différente de la sienne. Ces lettres attribuaient incidemment le nom réclamé à la famille à qui elles étaient octroyées.

La cour repoussa la rectification demandée. Sur la pièce en question, nous partageons son avis : ces lettres patentes

démontrent très imparfaitement que l'auteur commun des deux branches ait eu le nom en question. — Mais l'arrêt mentionne l'existence d'autres pièces : « il paraît établi par des » documents de la cause, — ajoute-t-il, — que l'appelant » appartient à une ancienne famille.. *connue sous le nom » de Lambert de Ballyhier.* » Et il rejette la demande pour ce motif que la branche établie en France, celle à laquelle appartient l'appelant, « n'a jamais porté d'autre nom que celui de *Lambert* ».

Nous ne pouvons suivre la cour sur ce terrain. Si M. *Lambert* établissait *par les documents de la cause*, selon les termes de l'arrêt, et sa descendance en ligne directe d'un titulaire du fief, et la possession du nom féodal exercée par la famille de celui-ci, qu'importe que des ascendants intermédiaires, établis ou non en France, aient abandonné ce nom ? Il nous semble au contraire qu'il y a là une des revendications de noms les plus respectables, les mieux fondées que les tribunaux puissent avoir à juger. (Dijon, 10 février 1882, D. 82. 2. 128.)

La cour de Rennes a jugé en notre sens, que si une branche cadette issue de famille étrangère, a, lors de son établissement en France, abandonné le nom patronymique pour adopter un nom féodal, les descendants de cette branche sont fondés à demander le rétablissement du nom primitif de leur race, conservé seulement par une branche aînée depuis longtemps éteinte. (Rennes, 4 juin 1878, D. 78. 2. 195.)

Une fois possédé, le nom est donc acquis, et définitivement : les titulaires ont beau le laisser tomber dans l'oubli : le nom est imprescriptible. Un arrière-petit-neveu, peut relever ce nom et demander aux tribunaux de le lui rendre.

C) POSSESSION NON CONTRAIRE AU DROIT. — La possession servant à prouver le droit, ne saurait prévaloir contre le

droit et le contredire. Aussi était-il nécessaire de donner, comme nous l'avons essayé dans notre historique, quelques idées aussi exactes que possible, sur *le droit des noms* dans l'ancienne France.

Deux principes — nous l'avons vu, — dominant cette matière :

1° Il n'existe point de formes nominales *réservées* à la noblesse ;

2° Depuis 1555, les modifications arbitraires du nom sont prohibées.

Quelle que soit la forme du nom revendiqué, nom ou surnom féodal, nom d'origine ou nom de guerre, précédé ou non précédé de particule, la qualité du revendiquant n'est pas à considérer : peu importe qu'il soit noble ou roturier.

Sous le régime des ordonnances de 1555 et de 1629, il faut savoir ce qu'on entend par modification arbitraire.

L'usage était universellement reçu d'ajouter au nom patronymique soit des noms de terre, soit même des noms de guerre, comme surnoms entre les différentes branches d'une même famille. Cet usage fut-il supprimé? Nullement. L'ordonnance de 1629 le reconnaît si bien, que, sans l'abroger, elle veut parer à ses inconvénients pratiques, en obligeant les nobles, « pour se distinguer des roturiers, qui prenaient » comme eux les noms de terre, » à signer de leur vrai nom de famille. C'est ce à quoi Laroque fait allusion, quand il dit que « les nobles étaient autrefois en possession de changer de nom sans la permission du prince. »

A quoi se réduisent donc les prohibitions de ces ordonnances ?

D'abord à la prise arbitraire de la particule sans nom de terre. C'est ce qui résulte des ordonnances déjà citées, par lesquelles l'autorité royale confère cette particule à de simples particuliers. Puisqu'une collation était employée, c'est qu'elle était nécessaire. Aucun doute n'est possible sur ce point.

Ensuite au remplacement pur et simple du nom patronymique par un autre nom, d'apparence féodale ou non féodale ; c'est l'objet principal de l'ordonnance de 1555.

Enfin, à l'usurpation du nom d'autrui, et spécialement à celle des surnoms féodaux devenus les noms complémentaires et distinctifs de certaines branches d'une même famille.

CHAPITRE III

DES RECTIFICATIONS DE NOMS

But et utilité. — C'est sur les registres de l'état-civil que portent d'ordinaire les rectifications. Les tribunaux ont néanmoins fait rectifier les minutes d'actes notariés contenant des erreurs de noms (Paris, 9 juillet 1830); il y a en effet pour le demandeur, au moins un préjudice moral à voir son nom mal écrit sur les copies qu'on délivre de ces actes.

L'utilité des rectifications de noms est évidente : on a vu quel rôle important joue l'état-civil dans la preuve des noms de personnes. L'acte de naissance sert à prouver la filiation, premier élément de droit au nom. L'état-civil tout entier en prouve le second élément : la forme même du nom patronymique.

Dans quel cas la rectification est possible. — Tout acte de l'état-civil est, quant au nom, sujet à rectification :

- 1^o Lorsqu'il ne contient pas un nom qu'il doit contenir;
- 2^o Lorsqu'il contient un nom qu'il ne doit pas contenir.

La rectification peut avoir pour objet une insertion, ou une correction. Les dispositions du code sur les actes de naissance, de décès et de mariage, indiquent les noms

qui peuvent, doivent ou ne doivent pas y figurer. Les discussions relatives au nom de la mère naturelle sont connues : il est inutile d'y revenir.

On connaît aussi comment se prouve le nom, particulièrement le nom féodal, celui qui donne lieu aux rectifications les plus fréquentes. Sous la Révolution, beaucoup de familles ayant un nom de ce genre, craignirent de passer pour ci-devant nobles, et *démocratisèrent* leurs noms. De là des suppressions, des altérations passées dans l'état-civil moderne, et qui en vertu de cet axiome que « *le nom est imprescriptible* », n'ont nullement dépouillé les intéressés de leur nom primitif : leur droit de rectification reste intact. A l'inverse, des fraudes ont pu se produire à la faveur des événements politiques, des noms ont pu être ont été usurpés sans droit : c'est pour réprimer de pareils abus, que la loi de 1858 a modifié l'art. 259 du code pénal. Mais, avant d'être poursuivis, il est juste que les intéressés soient mis en demeure de prouver leur droit au nom contesté, preuve qui s'opérera *au civil* au moyen d'un instance en rectification.

Les rectifications de noms féodaux ont d'ordinaire pour objet, soit l'adjonction d'un nom de terre, soit l'addition d'un surnom tiré ou non de la terre, soit le rétablissement pur et simple d'une particule, soit enfin la séparation de cette particule d'avec le nom en qui elle était incorporée.

Si l'on se rappelle que toutes ces formes n'étaient nullement, dans l'ancienne France, le privilège de la noblesse, mais qu'elles appartenaient aussi bien aux roturiers qu'aux nobles, il faut en conclure que le décret de fructidor an II ne les a pas touchées. Ce décret supprime uniquement les noms et appellations « nobiliaires ». C'est la noblesse qu'il poursuit : ce sont les formes nominales *privilégiées* qu'il prohibe. Celles qui sont communes à toutes les classes de citoyens ont toujours été respectées :

la rectification a pu et peut encore en être demandée (Cass. 1^{er} avril 1860; Rennes, 20^e avril 1880, Cass. 2 fév. 1881, D. 81. 1. 339; Rennes, 4 juin 1878, D. 78. 2. 195).

Qui peut demander la rectification? — Tout intéressé : celui qui revendique un nom comme y ayant droit; celui qui a intérêt et qualité pour contester à un autre le nom que lui attribue l'état-civil.

Le droit appartient-il au ministère public?

La controverse sur ce point a été vive, dans les années qui suivirent la loi de 1858. Vers cette époque, des rectifications étaient fréquemment demandées par les particuliers : le ministère public voulut user du même droit, qui lui avait été maintes fois reconnu par les cours d'appel. Vers 1860, les cours changeant de jurisprudence, repoussèrent l'action publique en rectification (Colmar, 6 mars 1860, D. P. 60. 2. 169; Dijon, 11 mai 1860, D. P. 60. 2. 144).

Cette solution, très commentée et diversement appréciée (1), fut déferée à la Cour suprême qui la cassa, et confirma la jurisprudence antérieure. (Cass. Civ. 22 janv. 1862, D. P. 62, 1, 5.) (2)

La difficulté était celle-ci : la rectification des noms est-elle une question d'ordre public? Si oui, le ministère public avait certainement le droit d'agir (Loi du 20 avril 1810, art. 46, al. 2).

Présentons, dégagée de toute question d'espèce, l'exposition théorique des deux systèmes.

Pour la *négative*, on invoque d'abord l'ancien droit,

(1) V. notam. LAFONTAINE, Droit d'action du ministère public. (Rev. Crit. 1862, p. 385). — GRAND, Revue pratique. T. X, p. 323. — LÉVESQUE, Droit nobiliaire français, n^o 318 s.

(2) V. également dans Dalloz, le rapport très étendu de M. le conseiller LABORIE et la plaidoirie de M. RENDU.

d'après lequel les usurpateurs de noblesse relevaient uniquement des tribunaux répressifs. On allègue ensuite les travaux préparatoires, le but, les dispositions de la loi de 1858.

Le législateur, en posant une sanction pénale contre les usurpations, reconnaît que jusque là le ministère public était désarmé contre « les empiétements de la vanité ou les entreprises de la fraude ». Il ne veut pas « laisser périr l'institution » de la noblesse. Pareil danger n'existerait pas si le ministère public jouissait réellement du droit de rectification.

Bien plus, la poursuite criminelle est elle-même entravée ; elle est soumise, d'après une circulaire ministérielle du 19 juin 1858, à l'autorisation supérieure du garde des sceaux : précaution prise « contre l'excès de zèle et d'ardeur de quelques magistrats. » A quoi bon toutes ces entraves apportées à l'action des parquets, dans l'intérêt des familles si on laisse au ministère public pleine liberté d'intenter l'action en rectification ?

Ces raisons, toutes spécieuses qu'elles sont, ne tranchent pas d'une manière formelle la question posée : La rectification du nom est-elle oui ou non d'ordre public ?

C'est pourtant là qu'est le nœud de la difficulté ; c'est de là que dépend une solution juridique du problème.

Que l'ancien droit, très confus en matière nobiliaire, ait pratiqué une solution inverse, l'argument est de peu de poids : les attributions du ministère public ont été réglementées par des lois modernes, sur des bases toutes nouvelles.

Que la loi de 1858, — dont les travaux préparatoires pourraient, par leur confusion, fournir des arguments à toutes les thèses, — ait reconnu l'insuffisance des moyens mis à la disposition du ministère public contre l'usurpation des noms, il ne s'ensuit pas qu'elle ait proclamé

l'absence de tout moyen antérieur; il s'ensuit encore moins qu'elle ait voulu restreindre, dans l'avenir, l'influence selon elle insuffisante, que pouvait avoir le ministère public.

Nous croyons pouvoir poser en principe que *la question des noms est d'ordre public*, et cela pour deux raisons : d'abord parce qu'elle répond exactement à la notion rationnelle des questions d'ordre public; en second lieu, parce que le législateur a clairement exprimé qu'il la considérait comme telle.

Qu'est-ce que *l'ordre public*? Sur cette épineuse question, interrogeons un témoignage récent et autorisé : « Le » *criterium* des lois d'ordre public, — dit M. ALGLAVE (1), » — c'est que les particuliers ne peuvent pas renoncer au » bénéfice de leurs dispositions, parce que ces dispositions » n'ont pas été écrites en leur faveur, mais en faveur de » l'Etat, parce que le véritable intéressé, ce n'est pas eux, » mais la société. » — « Le caractère du droit public, c'est » de ne pouvoir être estimé en argent... » — « Lorsque » les citoyens sont légalement incapables de se dépouiller » d'une prérogative que la loi leur attribue, le représen- » tant de la société, dans l'intérêt de laquelle cette pro- » hibition est établie, le ministère public ne doit-il pas » nécessairement avoir le droit de la faire respecter? » Cette formule trouve son application frappante en matière de nom. De toutes les qualités d'un individu, le nom est peut-être celle dont il est le plus incapable de se dépouiller. Le ministère public a donc le devoir de faire respecter par lui la prohibition de changer son nom, d'usurper un nom étranger : il a le droit d'agir contre lui en rectification par voie d'action principale.

La rectification de nom est d'ordre public, non seulement en théorie, mais dans la pensée, dans les paroles

(1) Revue pratique, 1868, t. I, p. 536, 556 et 560. — Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile, 1874-5.

mêmes du législateur. Le tribun Challan, rapporteur de la loi de germinal an XI, disait en propres termes que « *changer de nom est une dérogation à l'ordre public* ». Et d'ailleurs, si l'ordre public n'est pas intéressé à empêcher les mutations arbitraires, à quoi bon exiger l'autorisation du gouvernement pour les opérer?

Cela suffit. Nous tenons à bien l'établir, surtout quand l'art. 259 du code pénal est à la veille d'être supprimé. Ce n'est pas dans cet article que le ministère public puise uniquement son droit d'action civile.

Sans doute la loi de 1858 est venue le confirmer, en frappant l'usurpation de nom d'une peine correctionnelle. Un fait qualifié délit, atteint évidemment l'ordre public. Or l'ordre public est indivisible ; un même fait ne peut pas le léser en matière criminelle, et le laisser indifférent en matière civile : il l'atteint ou il ne l'atteint pas. Si la première solution est certaine, — et elle est écrite en toutes lettres dans l'art. 259 du code pénal, — le droit du ministère public devient incontestable.

Mais notons-le bien encore une fois, il ne le serait pas moins si l'art. 259 n'existait pas, puisque nous le faisons reposer sur les lois de germinal an XI et d'avril 1810 ; *il subsistera donc si cet article vient à disparaître de nos lois pénales*.

Dans la pensée du législateur, comme dans la vérité philosophique, la rectification du nom est une question d'ordre public ; le ministère public peut agir d'office, conformément à l'art. 46, § 2°, de la loi du 20 avril 1810.

Comme conséquence de son droit d'action principale, le ministère public a le droit d'intervenir, même dans des procès étrangers à une contestation de nom, quand une partie se prévaut d'un acte de l'état-civil, pour prendre des qualifications qui semblent devoir tomber sous l'application de la loi de 1858. En ce cas, il joue encore en

réalité le rôle de partie principale, car il élève un litige nouveau : et c'est contre lui, non contre la partie civile, que l'appel devra être interjeté.

Remarquons que le tribunal civil ne peut, *d'office*, ordonner incidemment une rectification de nom qui lui paraît nécessaire. L'art. 856 du code de procédure l'y autorise dans un seul cas : c'est lorsqu'il est saisi d'une question d'état : il peut, en prononçant sur le fond, ordonner la rectification des erreurs reconnues par lui sur les registres de l'état-civil.

Procédure. — La demande principale en rectification suit des formes spéciales, déterminées par les art. 855 et suivants du code de procédure.

Une requête est adressée au président du tribunal de l'arrondissement où se trouve l'acte à rectifier. Celui-ci nomme un juge rapporteur, et ordonne communication au ministère public.

Avant de statuer, le tribunal a la faculté d'appeler les parties intéressées, d'employer tous les moyens propres à l'édifier sur la cause, et notamment de demander la réunion et l'avis d'un conseil de famille.

Jugement et Appel. — Le jugement est rendu dans la forme ordinaire, et les parties peuvent en faire appel.

Le ministère public, ayant agi comme partie principale, a le même droit.

Mais, s'il s'est contenté de donner des conclusions, s'il a agi comme partie jointe, n'a-t-il pas épuisé l'action publique; et abdiqué son droit d'appel?

La question est surtout délicate lorsque les conclusions ont été conformes à la demande; elle fait l'objet d'une vive controverse.

Il l'a épuisé, dit un système : le droit d'appel n'appartient qu'aux parties principales. En outre, l'art. 858,

supposant que la partie demanderesse n'a pas trouvé de contradicteur, lui donne, à *elle seule*, trois mois pour faire appel du jugement. Ce texte, en passant le ministère public sous silence, l'écarte implicitement. (Req. 21 nov. 1860, D. 1860. 1. 473).

D'après un second système, le droit d'appel demeure intact (Paris, 22 fév. 1861, *Cartault*, D. 1861. 2. 41) (1). Si le ministère public s'est trompé, il n'est jamais trop tard pour qu'il revienne sur son erreur : son titre de gardien de l'ordre public lui en fait un devoir. D'ailleurs, le ministère public n'est point un homme, un individu : c'est un corps. Si l'on refuse le droit d'appel à un de ses membres, il faut le refuser à tous, même aux supérieurs hiérarchiques : c'est entamer cette règle fondamentale que l'inférieur ne peut lier le supérieur.

Quant à l'art. 858, il est muet, non restrictif : il s'occupe des droits du demandeur, non de ceux du ministère public : ceux-ci restent donc soumis aux principes généraux.

Le délai d'appel, pour le ministère public comme pour les parties intéressées, sera (art. 858) de trois mois, du jour de la prononciation du jugement.

Exécution. — Aucune rature ni surcharge ne peut être faite sur les registres de l'état-civil : mais, à la requête des parties, l'officier public doit inscrire le jugement sur le registre courant, et en faire mention en marge de l'acte réformé. Même formalité sera accomplie sur les registres du greffe. Désormais, les extraits devront être délivrés, sous peine d'amende et de dommages-intérêts, avec la mention expresse des corrections ordonnées. (Av. du cons. d'Etat, 4 mars 1808).

Effet de la chose jugée en matière de rectification de

(1) V. les plaidoiries contradictoires de MM. ANDRAL et CHAIX-D'EST-ANGE, *Gaz. des Trib.* 18 févr. 1861.

noms. — Une théorie célèbre, connue sous le nom de « théorie des légitimes contradicteurs », soumet la chose jugée en matière de questions d'état, à des principes tout spéciaux. Un jugement serait opposable non seulement aux parties présentes ou dûment représentées au procès, mais encore à d'autres personnes, dont le droit se trouverait forcément déduit en justice en même temps que celui des parties en cause. Il y aurait pour elles une représentation exceptionnelle, involontaire, forcée : et le jugement, bien que n'étant pas rendu pour ou contre elles, leur profiterait et leur serait opposable.

Cette théorie, — qu'elle qu'en soit la valeur, — ne peut s'appliquer aux jugements de rectification : l'art. 100 renouvelle, dans l'espèce, les dispositions de l'art. 1351 sur l'effet relatif de la chose jugée.

D'autre part, de toutes les qualités se rattachant à l'état des personnes, le nom est la seule qui soit, de l'aveu de tous, matériellement et juridiquement indivisible. J'admettrai avec TOUILLIER (n° 237 s.), qu'une personne ait, *devant la loi*, deux filiations différentes, au regard de différentes personnes. Je ne puis comprendre qu'elle ait deux noms, l'un à l'égard de Pierre, l'autre à l'égard de Paul.

Comment concilier cette indivisibilité du nom avec l'effet relatif de la chose jugée ?

La chose jugée a un effet relatif : donc toute personne intéressée n'ayant pas été partie ou représentée au procès peut : 1° se pourvoir contre un jugement de rectification de nom, en faisant tierce opposition (474, Pr.); 2° engager une nouvelle instance, afin d'obtenir à son profit un jugement contraire au jugement qui lèse son droit.

Le nom est indivisible : d'où l'acte rectifié ne peut attribuer à une même personne deux noms différents. Comment régler le conflit des deux jugements ordonnant des

rectifications contradictoires? Comment donner à cette difficulté une solution à la fois équitable et juridique?

Des auteurs distinguent le cas où les rectifications de nom sont l'accessoire de jugements sur la filiation, et celui où elles ont lieu principalement.

Qu'un premier jugement rendu contre *Primus* reconnaisse Pierre fils légitime de Paul, qu'un second jugement rendu au profit de *Secundus*, déclare au contraire ce même Pierre fils naturel de Jean. Deux rectifications de nom contradictoires sont ordonnées; laquelle doit prévaloir?

Les uns se prononcent en faveur de la légitimité: *Primus*, devant ce désaccord des deux sentences, aura droit au nom de son père légitime (DURANTON, t. XIII, n° 527).

Les autres admettent cette solution avec un tempérament: *Primus* n'aura ce droit, que s'il n'est pas en faute à l'égard de la partie devant qui il a succombé; en d'autres termes, s'il n'a pas négligé de la mettre en cause, lors de la première instance où il a triomphé (M. DEMOLOMBE, t. V, n° 310).

Qu'au contraire une rectification soit ordonnée principalement: ce dernier auteur admet, en termes très concis du reste, que la seule voie de recours contre le jugement consiste dans la tierce opposition (t. I, n° 336).

Ces distinctions sont-elles bien juridiques? La faveur donnée à la légitimité ne constitue-t-elle pas une atteinte portée à l'effet relatif de la chose jugée?

Nous croyons que la solution doit être la même dans tous les cas:

Le nom est indivisible: donc toute rectification, principale ou accessoire, obtenue par un premier jugement contradictoire ou non, doit être exécutée, et elle fait loi.

Le nom est indivisible: donc tout intéressé qui n'a pas

été mis en cause, peut intenter une nouvelle action ; la rectification obtenue par lui dans un second jugement est opposable à l'impétrant, malgré un premier jugement favorable à celui-ci.

C'est qu'en effet, pour établir son droit *absolu* sur le nom réclamé, le demandeur doit le faire reconnaître *erga omnes*. S'il ne met en cause qu'un ou plusieurs des intéressés, il prouve simplement son droit à n'être pas troublé *par eux* dans la possession du nom. Mais son droit n'est vraiment définitif et irrévocable, que quand tous les intéressés l'ont contredit, et qu'il a triomphé judiciairement de toutes les oppositions.

La conciliation des deux principes amène donc ce résultat bizarre en apparence, mais éminemment juridique, que : si le réclamant triomphe d'un adversaire, son triomphe est relatif ; s'il est vaincu, sa défaite est absolue et générale.

L'effet relatif de la chose jugée se produit non seulement à l'égard des défendeurs opposants, mais à l'égard des personnes ayant un intérêt commun avec le réclamant. Un parent du demandeur ne saurait se prévaloir du jugement obtenu par celui-ci, pour faire subir à son propre nom la modification que son parent a été personnellement autorisé à opérer. (Cass. 1^{er} juin 1863, *Bousquet*, D. P. 1863. 1.451).

CHAPITRE IV

DES CHANGEMENTS OU ADDITIONS DE NOMS

L'ordre public ne permet pas qu'un citoyen modifie arbitrairement son nom. Outre l'action civile, à laquelle il s'expose toujours de la part des intéressés, s'il y en a, le contrevenant était puni dans l'ancien droit et sous la loi de fructidor an II, de peines plus ou moins sévères.

Cette loi a-t-elle été maintenue par celle de germinal an XI ? La question s'est discutée (V. deux solutions contraires : Lyon, 30 août 1827 — Gand, 12 Nov. 1840) : mais en présence de la loi de 1858, le doute n'est plus possible. Celle-ci ne condamne que le fait d'avoir pris un faux nom « publiquement et dans le but de s'attribuer une distinction honorifique » ; sa sanction est aussi plus douce : elle a donc abrogé la loi antérieure.

Actuellement, les mutations *de fait* sont permises, sous cette double condition : 1° qu'elles ne lèsent point un intérêt privé ; 2° qu'elles ne cachent pas une prétention nobiliaire.

Les mutations *de droit* ne s'opèrent qu'en vertu d'une autorisation spéciale du gouvernement.

Par exception, la loi consacre et opère, par sa seule force, les changements de droit qui suivent :

1° L'adopté ajoute de plein droit à son nom propre celui de l'adoptant (Art. 346, C. Nap.). — Si l'adoption est faite par une femme mariée ou veuve, c'est son nom de fille qu'elle transmet à l'adopté. Les enfants de l'adopté qui naissent postérieurement à l'adoption, prennent le nouveau nom de leur père. Quant aux enfants déjà nés lors de l'adoption, on leur laisse généralement le choix : ils peuvent à leur gré, accepter l'addition ou ne pas l'accepter. (DALLOZ, Rép. v^o. Nom, n^o 39).

2° La femme mariée prend le nom du mari, et le garde, même séparée de corps. Bien des protestations se sont élevées là-contre. Naguère encore la thèse était brillamment portée au théâtre (1); et lors de la discussion du récent projet de loi sur le divorce, un amendement fut présenté à la Chambre (2) tendant à interdire à la femme, même simplement séparée de corps, de garder le nom marital ; l'amendement fut repoussé.

Remarquons d'ailleurs, que tout en acquérant le nom du mari, la femme garde le sien : on verra plus tard qu'elle conserve le droit de s'opposer à ce qu'un tiers s'en empare.

Ces exceptions sont les seules. Ainsi :

1° La disposition par laquelle une personne transmettrait son nom à une autre, soit entre-vifs, soit par testament, à titre onéreux comme à titre gratuit, est par elle-même sans effet. Le leg pur et simple ou conditionnel de *nom et armes* n'opère donc plus par sa seule force : l'effet en est subordonné à la formalité de l'autorisation.

2° Les nobles. pas plus que les non-nobles, n'ont le

(1) *Odette*, comédie de M. SARDOU. — Voyez le procès récemment soulevé par cette pièce entre MM. Mario UCHARD et SARDOU : *Gaz. des Trib.*, 28, 29 juillet, 4 et 11 août 1883.

(2) Par M. le duc de LA ROCHEFOUCAULD-BISACCIA.

droit d'accoler, à leur nom, sans autorisation, soit la particule initiale, soit un nom de terre relié par la particule.

M. DE SÉMAINVILLE (Code de la Noblesse française, liv. III, ch. XII, n° 4) a soutenu le contraire. La particule est selon lui « la marque distinctive de la noblesse », il cite à l'appui certaines collations de particules faites par lettre-patentes de Henri IV à des nobles qui en étaient dépourvus. Aujourd'hui que la noblesse n'est plus qu'une distinction sociale, il trouve juste que cette distinction se manifeste par quelque chose : sinon par un titre, du moins par une forme spéciale affectée au nom.

Ce système est mal fondé. Juridiquement, la particule n'a aucune signification nobiliaire : elle appartient aujourd'hui encore à plus d'un roturier. Il y a bien l'erreur populaire qui admet le contraire : mais peut-on invoquer cette erreur pour contredire et l'ancien droit et la loi de germinal ?

L'ancien droit : si la particule a été octroyée par lettres-patentes, c'est qu'elle ne pouvait se prendre de plein droit ; si en outre l'ordonnance de 1629 fait défense à *tous nobles*, de *signer* d'un autre nom que de leur nom patronymique, c'est que l'ancien droit n'admettait pour eux aucune mutation arbitraire.

La loi de germinal : cette loi est formelle : *tout* changement de nom est soumis à l'autorisation. Objectera-t-on le rétablissement de la noblesse et la charte ?

Sans doute, plusieurs additions de particules ou de noms de terre ont été opérées par le conseil du sceau : mais la légalité de ces additions est précisément en cause.

La loi de 1858 punit quiconque aura modifié son nom *sans droit* et *dans le but de s'attribuer une distinction honorifique*. Or, le nom d'un citoyen est aujourd'hui uniquement celui de sa famille ; tant pis pour lui s'il n'a pas de particule ! Toute modification non autorisée est nulle.

3^o Nous savons que le mari est autorisé à adjoindre dans l'usage, le nom de sa femme au sien, et que les enfants issus du mariage ne sont pas autorisés à l'imiter. Cette adjonction n'est pas d'ailleurs une véritable « addition de nom ». Si elle s'opère sans autorisation, elle ne modifie pas la « dénomination légale » du mari. Celui-ci ne pourrait invoquer le seul fait de son mariage, pour revendiquer comme siens les nom et titre nobiliaire appartenant à sa femme, et se dispenser d'obtenir une autorisation personnelle du gouvernement (Paris, 10 juin 1859; Cass. 15 juin 1863, *Hibon de Brancas*, D. P. 63. 1. 317).

§ 1. — *De qui émane l'autorisation ?*

Du gouvernement. — C'est le chef de l'Etat qui autorise les changements de noms : il apprécie souverainement et l'opportunité et la nature des modifications à accorder.

Le but de la loi de germinal est « de prévenir les » regrets que pourrait occasionner la permanence des dénominations, lorsque des circonstances indépendantes de » l'individu exposent son nom à rappeler des souvenirs » funestes ou ridicules. » (Discours du Tribun Challan.) Les parties peuvent aussi tenir à conserver un nom, que l'absence de descendants mâles dans la famille menace de laisser éteindre. Dans le premier cas, il y aura lieu à un changement, dans le second, à une addition de nom. Le droit du gouvernement est ici absolu, il peut, sans appel, accorder ou refuser.

Mais l'esprit de la loi est que le gouvernement n'use point de son droit à la légère. La Restauration et le second Empire se firent, trop souvent, l'appui de ceux-là même que poursuit la loi de 1858; à plusieurs reprises des protestations s'élevèrent, des pétitions furent même adressées au Sénat en 1861 : elles restèrent sans résultat.

La nature des changements à prononcer est aussi laissée à l'appréciation du gouvernement. Il s'agit tantôt de remplacer un nom par un autre, tantôt d'ajouter un second nom au nom primitif.

Le gouvernement peut-il aller plus loin, et en vertu de la maxime : « *qui peut le plus peut le moins* », conférer purement et simplement la particule ?

Henri IV l'accorda à Jean *Lair* (avril 1596), et Louis XIII à Ambroise *Visc* (mai 1613). Pourtant la jurisprudence de la chancellerie est formelle en sens contraire : une pareille autorisation est toujours refusée. (M. BOREL D'HAUTERIVE, annuaire de la noblesse française, 1860, p. 286).

Et en effet, *en droit*, la particule — je l'ai maintes fois répété, — n'a aucun sens nobiliaire. Dès lors ce n'est pas *dans le droit* d'anoblir ou de titrer, que le souverain puisera son droit de conférer la particule.

En fait, si la particule a pris, dans l'opinion d'un grand nombre, une signification nobiliaire, l'esprit de la loi de germinal an XI repousse toute collation de nom ayant un pareil sens. Les modifications que la Charte a pu apporter à cette loi sont toutes restrictives. Après comme avant elle, la particule n'a jamais été un titre, un signe juridiquement nobiliaire : la Charte n'y touche donc pas. Enfin le législateur de 1858 voit dans cette prétention à la particule un acte coupable, « ayant pour » but de faire croire à l'ancienneté de l'origine..., un » acte de mépris qui s'élève parfois à la hauteur d'une » impiété filiale. » Le gouvernement, à qui la loi de 1858 se confie si aveuglément pour sa mise à exécution, ira-t-il encourager par une autorisation formelle, des actes que cette loi proserit et condamne ?

La constitution qui nous régit, et les tendances égalitaires qui prévalent aujourd'hui, enlèvent d'ailleurs tout

intérêt actuel à la question. Le président de la République ne confère plus de titres : il est peu probable qu'il consente à conférer une particule, surtout quand les titres et qualifications nobiliaires sont sous la menace d'un projet de loi, dont le but avoué est d'arriver à leur suppression.

§ II. — *Dans quel cas l'autorisation est elle exigée?*

Il importe de bien distinguer ici la compétence matérielle du chef de l'Etat et celle des tribunaux.

Au juge : l'examen des questions d'état et de propriété se rattachant au nom. A lui la recherche du nom, l'examen de sa preuve, la rectification des actes de l'état civil. Le juge ne crée pas le droit : il le constate, il le prononce, il fait *acte de juridiction*.

Au souverain : le pouvoir d'ôter au citoyen son nom et de lui en donner un autre, d'adjoindre à ce nom de famille que la justice constate, un autre nom qu'elle est impuissante à lui conférer. Le souverain crée en réalité un droit nouveau : il fait *acte d'autorité*.

Tout changement, toute addition, toute altération apportée au nom doit être autorisée par le pouvoir exécutif (1).

Cette distinction est capitale. Il en résulte que le refus opposé par le gouvernement à une demande en changement de nom, n'exclut pas le recours en rectification devant les tribunaux : les deux questions sont différentes : la solution de l'une ne crée aucun précédent à l'égard de l'autre.

Si la distinction est simple en théorie, elle est parfois bien difficile à appliquer aux espèces. N'est-il pas à craindre, en effet, que les parties ne s'adressent parfois de préférence à l'autorité judiciaire, et que celle-ci, *sous prétexte*

(1) Une exception, aujourd'hui sans intérêt, était apportée à ce principe par l'art. 3 de la loi de germinal an XI. Le changement des prénoms, pris antérieurement à cette loi et en opposition avec elle, pouvait s'opérer par voie de rectification, sur simple jugement du tribunal civil.

de rectification, ne fasse, vu le peu de fondement des preuves qui lui sont présentées, *une véritable attribution de nom* ?

Une circulaire du garde des sceaux (29 nov. 1859), a prévu, mais non résolu ce problème. Elle parle de la nécessité « de ne pas laisser se former une jurisprudence dont » l'effet inévitable serait de paralyser l'action de la loi... » d'empêcher que « par des procédures obscurément suivies, » et qui, selon les lieux et les personnes, pourraient rendre » contre un trop facile accueil, les compétences soient » déplacées. » Mais nulle règle précise n'est indiquée.

Le ministère public, « contradicteur naturel des parties », jouit du droit d'action principale, du droit d'appel et même de pourvoi en cassation pour violation de la loi.

Une autre question plus grave encore, s'est présentée sous le second Empire. Il ne s'agit plus ici simplement de décider si les tribunaux *compétents* rectifieront ou si le ministre octroiera. Il faut savoir si le gouvernement qui octroie doit nécessairement le faire dans les formes de la loi de germinal.

La question ainsi posée, la solution affirmative paraît tout d'abord évidente. Pour comprendre comment elle a pu être contestée, quelques mots d'histoire sont nécessaires.

Autrefois les seigneurs adjoignaient au nom de leur fief un *titre*, qui variait suivant la qualité du seigneur, ainsi que celle du fief. Tel fief était *duché*, *comté*, *baronie* : le titre restait attaché à la terre ; il était réel, « *glébé* ».

Vers les deux premiers siècles de la monarchie, apparurent les titres personnels (*baron de Chamillart*, *prince de Bergues*), sans érection de terre.

La révolution abolit la noblesse et la féodalité.

Quant au premier empire, il reconstitua une noblesse d'un nouveau genre : il créa des titres à la fois réels et

personnels : réels, en ce qu'ils étaient attachés à des *dotations* connues sous le nom de majorats ; personnels, en ce que la désignation de ces titres était empruntée arbitrairement à des lieux étrangers aux terres formant dotation (*duc d'Isly, de Bassano, etc.*).

La monarchie constitutionnelle rétablit l'ancienne noblesse, non la féodalité : il s'ensuit que les titres revivent avec leurs noms primitifs, mais que ces noms, désormais indépendants de toute érection de terre, ne sont que des extensions, des appendices du nom patronymique.

De même pour les titres impériaux, dont le caractère réel est tombé avec les majorats.

Le second empire émit une prétention nouvelle, inconnue de l'ancienne royauté française elle-même. Des titres nobiliaires s'étaient éteints en la personne du dernier descendant mâle de certaines familles. Le gouvernement voulut les reconstituer, et transmettre le titre éteint à d'autres membres de ces familles. C'était l'exercice légitime de son droit constitutionnel : le souverain avait le pouvoir d'anoblir et de titrer par simple décret. Mais à ce titre reconstitué était autrefois attaché un nom. Ce nom appartenait comme nom patronymique à des familles encore existantes. En même temps qu'il transmettait le titre, le gouvernement voulut transmettre le nom, suivant lui, inséparable du titre. Il n'usait point des formalités de la loi de germinal, qu'il jugeait inutiles. Le droit constitutionnel de titrer devait, disait-il, emporter celui de donner une dénomination au titre, dénomination qu'il affirmait hautement n'être pas un nom patronymique, mais uniquement l'accessoire du titre octroyé. Les affaires *Montmorency-Talleyrand* et *Châtellerault-Hamilton* (1864 à 1866) ont eu un grand retentissement dans les dernières années de l'Empire.

Ce n'est pas le lieu de rappeler ici les nombreux problèmes de droit nobiliaire soulevés incidemment par ces procès.

Aujourd'hui que la prérogative souveraine n'existe plus, que le chef de l'Etat n'anoblit ni ne confère plus de titres, la question ne présente guère qu'un intérêt historique. Nous nous bornerons à rapporter et à commenter la double réponse, faite par les parties opposantes aux décrets impériaux :

1^o Le chef de l'Etat qui, en octroyant un titre, y adjoint un nom sans se conformer à la loi de germinal an XI, et sans permettre aux oppositions des parties intéressées de s'élever, commet une atteinte à la propriété du nom. De là recours devant les tribunaux judiciaires, compétents pour juger toute violation de propriété.

2^e Le chef de l'Etat qui, en octroyant un titre, y adjoint un nom sans se conformer à la loi de germinal an XI, viole une formalité substantielle établie par cette loi. De là recours en conseil d'Etat pour excès de pouvoir.

Les deux voies de recours furent suivies simultanément.

Le recours devant les tribunaux judiciaires aboutit à un jugement d'incompétence confirmé en appel (Paris, 8 août 1865, D. P. 65. 2. 121). Les tribunaux invoquèrent le principe de la séparation des pouvoirs, et l'impossibilité où ils étaient de critiquer un acte administratif. Sur ce point, la discussion est possible, et de très bons esprits soutiennent cette incompétence (DUFOUR, Droit administr., t. VII, n^o 174). L'hypothèse est bien de celles où le principe de la séparation des autorités est d'une application délicate.

Sans doute ce principe existe : mais il s'impose à l'autorité administrative comme à l'autorité judiciaire.

S'il avait plu au souverain de dépouiller par décret un propriétaire de sa maison, un enfant de sa filiation, évidemment les tribunaux judiciaires étaient compétents pour

accueillir la réclamation de l'intéressé. Or, le nom n'est-ce pas une propriété, propriété *sui generis*, il est vrai, propriété qui se divise au profit d'un grand nombre, sans qu'aucun d'eux en perde rien, mais qui pour être *res plurium* n'en est cependant pas *res omnium* (LÉVESQUE, n° 309) ? Le nom c'est l'expression résumée de la filiation, c'est la filiation énoncée : et l'état des personnes leur appartient d'une manière tellement propre et exclusive, que, si l'on refuse de le qualifier du terme de propriété, c'est parce que l'expression est plutôt insuffisante et impropre, non certainement parce qu'elle est trop forte (1). La compétence exclusive des tribunaux en matière de questions d'état, est d'ailleurs formellement rappelée par l'art. 9 de la loi de germinal.

Qu'on admit ou non la compétence des tribunaux judiciaires, il restait, de l'avis de tous, une double voie de recours contre le décret impérial : 1° le recours au Sénat pour inconstitutionnalité du décret (Discours de M. DE VALLÉE, Gaz. des Trib. 7-8 août 1865) ; 2° le recours ordinaire en conseil d'Etat pour violation de la loi. C'est devant ce conseil que la légalité du décret fut non seulement discutée, — elle l'avait été longuement devant les tribunaux, — mais définitivement tranchée.

La thèse du gouvernement était celle-ci : Le nom octroyé dans l'espèce n'est pas un nom patronymique ; l'impétrant n'a que faire de demander une rectification de son état-civil. Il ne prendra ce nom qu'en prenant son titre, comme désignatif de ce titre : il ne le transmettra pas à toute sa famille, mais à un seul de ses descendants mâles, par ordre de primogéniture.

Le gouvernement a bien le droit de conférer un nom

(1) Nous verrons cependant dans notre deuxième partie, une restriction à poser à l'idée de « propriété du nom », restriction d'ailleurs sans influence sur l'argumentation qui nous occupe.

avec un titre. La charte en effet a rétabli l'ancienne noblesse avec toutes ses distinctions et appellations honorifiques. Or, il existait dans l'ancienne France des dignités, des titres purement personnels, n'ayant jamais reposé sur une assiette foncière. Bien mieux, les rois de France ont plus d'une fois opéré des résurrections de titres éteints, et transféré à certaines personnes un titre et un nom nouveau. C'est ce qui eut lieu pour le titre même de duc de Montmorency. Ce titre qui, après extinction, avait été d'abord transféré à la famille des *Condé*, par suite de lettres patentes de mars 1633, fut restitué aux *Montmorency* en mai 1688, sous le nom de *duché de Beaufort*. Le nom du duché fut lui-même modifié en octobre 1689, et redevint le nom patronymique de son titulaire : *duché de Montmorency*.

A cette thèse les objections ne manquèrent pas.

Dire tout d'abord que le nom concédé ne sera pas pris comme nom patronymique, mais comme nom accessoire d'un titre, c'est une bien maigre satisfaction donnée aux plaignants. Ceux-ci ne voient qu'un fait, leur nom concédé à un tiers : peu leur importe la façon dont ce tiers en usera.

Dire en second lieu que le nom concédé n'appartiendra pas à la famille du concessionnaire, mais au seul de ses membres qui portera le titre, c'est restreindre le préjudice causé, ce n'est pas le supprimer. On est forcé d'avouer que le nom est accordé à perpétuité au porteur du titre, qui peut en user à sa volonté, qui peut l'exposer, sans que les intéressés aient rien à dire, à un déshonneur dont ils seront les premières victimes.

On invoque la prérogative souveraine : mais la charte, qui restitue aux souverains le droit de titrer, a-t-elle abrogé la loi de germinal ? Celle-ci n'admet aucune restriction aux principes qu'elle pose. Toute addition, tout changement de nom, ne peut être accordé par le gou-

vernement, qu'en suivant la procédure organisée par cette loi, en donnant ouverture aux oppositions, en sauvegardant ce « droit de l'autrui », que les actes du pouvoir royal rappellèrent et réservèrent toujours.

On prétend enfin relever le titre, non comme institution féodale, mais comme distinction sociale. Or qu'était-ce qu'un titre ? un lien entre la personne et la chose, entre le seigneur et la terre. Les titres personnels formaient encore un lien, dépourvu de sens, il est vrai, mais inoffensif, entre la personne et son nom. Quand les rois de France faisaient une collation de titre, les deux termes du rapport existaient toujours : l'impétrant avait sa terre, ou à défaut de terre, son nom. Le roi ne faisait qu' « ériger le domaine » en dignité ou anoblir le nom » (LÉVESQUE, n° 230). Les noms de *Chamillart* et de *Bergues* n'étaient pas ceux d'une famille étrangère; ils étaient la propriété de leurs titulaires, au moment où le roi les créa princes.

L'argument tiré de la collation faite en 1689 au prince de Tingry, perd dès lors toute valeur. Le roi créa uniquement le titre de duc : puis sans modifier le nom de l'impétrant, il modifia le nom du duché, qui de *Beaufort* qu'il s'appelait autrefois, s'appela désormais *Montmorency*. Qu'on le remarque bien : ici le duché avait une existence réelle, indépendante de son titulaire; il formait une institution féodale reposant sur la terre, et c'était le nom de cette terre que le roi changeait. Mais, comme le dit BERRYER dans une de ses plus retentissantes plaidoires, « le roi était dans l'*heureuse impuissance* de modifier le nom des personnes, *sans la réserve, toujours sous-entendue si elle n'était expresse*, DES DROITS DE L'AUTRUI en toutes choses. » (BERRYER, Plaidoyers, t. 4, p. 327). Aujourd'hui que le titre ne repose plus que sur un nom, modifier ce nom, même à l'occasion du titre, c'est toucher au domaine de la loi de germinal.

Il aurait donc fallu, en même temps que l'empereur-conférait le titre de duc, engager la procédure des changements de nom, ouvrir la porte aux oppositions contentieuses des parties intéressées, sauf à les repousser comme mal fondées. Le dernier mot serait resté au gouvernement, tout puissant lorsqu'il statue en conseil d'Etat; mais la légalité, sinon le droit, eut été sauvegardée.

§ III. — *Procédure.*

A. — DEMANDE EN CHANGEMENT DE NOM

Qui peut la faire ? — L'intéressé lui-même : elle présente un caractère trop grave, trop personnel, pour se faire par représentant. Les incapables ne peuvent donc pas l'introduire. Toutefois, le nom n'appartient pas seulement à tel ou tel, il appartient à la famille, il est le même pour tous; et l'enfant, — nous l'avons vu, — a le droit comme l'obligation de porter le nom du père.

Si donc un père de famille demande un changement de nom, la demande, qu'elle le mentionne ou non, semble bien être faite en même temps au nom de ses descendants. On verra l'influence de cette idée sur les effets du décret accordant le changement de nom.

Formalités. — 1^o Le demandeur commence par faire connaître au public « qu'il entre en instance près de la » chancellerie pour obtenir l'autorisation de porter légalement tel nom. » Cette publication se fait par les soins du demandeur :

1^o) Dans un journal du lieu de son domicile;

2^o) Dans un journal du lieu de sa naissance;

3^o) Au *Journal officiel*.

(Décisions du ministre de la justice, 26 oct. 1815, 10 avril 1818; arrêté du 25 juin 1828; décret du 8 janvier 1859).

La sanction de cette formalité préliminaire est très-

grave : à son défaut, la demande, sur simple examen, est classée sans suite, c'est-à-dire rejetée. C'est le garde des sceaux, le secrétaire général et le directeur des affaires civiles qui font cet examen : ils peuvent donc, sans appel, éliminer *à priori* une demande non instruite quant au fond. Cette disposition de l'arrêté de 1828 soulève de vives critiques. M. DUVERGIER (Coll. des lois, t. XXVIII, 2^e partie, p. 23), démontre qu'elle est en opposition formelle avec l'art. 6 de la loi de germinal an XI. « *Le gouvernement prononcera* », dit cet article ; le gouvernement ne peut donc renvoyer une demande sans y donner suite.

Ce renvoi est d'autant plus grave et plus inique, que, simple mesure d'ordre, il n'est sujet à aucun recours contentieux au conseil d'Etat.

Mais le gouvernement peut toujours revenir sur sa décision, s'il juge que les formalités requises ont été depuis accomplies : c'est la seule satisfaction accordée aux intéressés.

2^o Une requête est adressée au garde des sceaux sur papier timbré.

Elle contient les motifs invoqués à l'appui de la demande, et les pièces justificatives. Ces pièces sont : Un exemplaire des journaux contenant les insertions ; l'acte de naissance du réclamant et ceux de ses enfants ; s'il y a lieu et suivant les cas, l'acte de naissance de la personne dont il demande le nom ; ainsi que tout autre acte de nature à édifier le gouvernement sur l'intérêt invoqué.

La demande nécessite-t-elle le ministère d'un référendaire au sceau ?

On sait que les référendaires sont chargés « de l'instruction des demandes soumises au conseil du sceau. »

Or, le conseil du sceau des titres, plusieurs fois supprimé et rétabli, finalement supprimé par le décret du 10 janvier 1872, qui confère ses attributions au conseil

d'administration du ministère de la justice, a pour mission principale de vérifier l'authenticité de titres nobiliaires.

Le nom, quel qu'il soit, n'est pas un titre : il est donc, malgré MACAREL (Thémis, t. 3) et DALLOZ, hors de la compétence de ce conseil, et ne rentre pas dans le ministère des référendaires : solution d'autant plus admissible, que le décret de 1859 contient l'article suivant : « Le conseil du sceau peut être consulté sur les demandes » en changement ou addition de noms, ayant pour effet » d'attribuer une distinction honorifique. » Attribuer au conseil une compétence exceptionnelle et d'ailleurs nullement obligatoire, c'est reconnaître implicitement son incompétence dans les cas normaux.

Faut-il au moins le ministère d'un avocat au conseil d'Etat? — Non, car la juridiction à laquelle on s'adresse est la juridiction gracieuse : la signature de l'avocat ne peut remplacer celle de l'intéressé. Il ne jouera, dans l'espèce, que le rôle de simple conseil.

Instruction de la demande. — Au ministère de la justice, le dossier est remis à la direction des affaires civiles, qui l'adresse au procureur de la République de l'arrondissement où le requérant a son domicile.

Celui-ci renvoie au procureur général, et émet son avis.

Le procureur général renvoie, à son tour, avec avis motivé, au ministre de la justice.

L'affaire reste pendante pendant les trois mois qui suivent l'insertion. Les intéressés peuvent soumettre au gouvernement leurs griefs : mais ces oppositions anticipées n'ont que la valeur d'un pur renseignement (Arrêté de 1828).

Au bout de trois mois, le garde des sceaux statue

définitivement : il rejette la demande ou la renvoie au conseil d'Etat.

C'est aujourd'hui la section de législation et de justice qui est chargée de l'examen.

Sur le rapport d'un de ses membres, la section délibère et émet son avis.

La commission du sceau peut aussi avoir à donner le sien, s'il plaît au ministre de la consulter (décret de 1859).

Le projet de décret est arrêté, et soumis à la signature du chef de l'Etat.

Le décret a lieu dans la forme des règlements d'administration publique.

Décision. — En cas de refus, la partie n'a de recours que par la voie gracieuse. En cas d'autorisation, le décret doit être publié au *Journal officiel* par les soins de l'impétrant. — Il reste sans exécution durant l'année qui suit cette insertion ; pendant ce délai, les oppositions peuvent et doivent se produire. — Bien plus, en vertu du pouvoir souverain dont le gouvernement jouit, l'autorisation peut n'être accordée que conditionnellement. Dans ce cas, le délai d'un an ne commence à courir que du jour où la condition s'est réalisée. (Ord. 16 déc. 1831.)

Si, l'année écoulée, aucune opposition ne s'est élevée, le nom est définitivement acquis à l'impétrant, qui n'a plus qu'à se pourvoir devant les tribunaux pour obtenir la rectification des actes de son état civil.

Si, durant l'année, une opposition s'est produite, une nouvelle phase de la procédure commence : la voie, de gracieuse qu'elle était, devient contentieuse.

B — OPPOSITIONS

Les tribunaux judiciaires sont gardiens de toute propriété, partant de celle du nom : rien n'empêche donc que les tiers auxquels une autorisation préjudicie, ne

s'adressent à ces tribunaux pour faire reconnaître leur droit exclusif au nom. Mais cette reconnaissance forme bien une déclaration du droit antérieur à l'autorisation, non un obstacle au changement autorisé. Le recours judiciaire ne donne aux intéressés qu'une satisfaction platonique. C'est au gouvernement qu'il faut recourir, au gouvernement « mieux informé » qu'il faut en appeler d'une décision du gouvernement « mal renseigné. » Tel est le but de la procédure d'opposition.

A quelle condition une opposition est-elle valable ?

— Pour faire valablement opposition, il faut y avoir *intérêt* et *qualité*.

INTÉRÊT : Avoir droit au nom accordé, et démontrer que la concession vous cause un réel préjudice. Il y a défaut d'intérêt dans les espèces suivantes :

Quand le nom accordé est, par sa vulgarité, tombé en quelque sorte dans le domaine public (Cons. d'Etat, 24 mai 1851, *Gaubert*). C'est là une question de fait.

Quand l'opposant tient le nom en litige d'une autorisation antérieure : ce que le gouvernement concède à l'un, rien ne l'empêche de le concéder à l'autre. (Cons. d'Etat, 2 août 1870).

Le conseil d'Etat va plus loin. Selon lui une opposition serait mal fondée :

Quand le décret d'autorisation n'aurait fait que confirmer pour l'impétrant, une possession immémoriale du nom en litige (C. d'Et., 17 mars 1864, *Marquet de Vasselot*, Lebon, 1864, p. 257).

Quand l'impétrant conserverait un nom patronymique qu'il joindrait au nom octroyé, de sorte qu'aucune confusion ne serait possible entre le nom des familles opposantes et le sien (C. d'Et., 16 juillet 1880, *Colson Blanche*, Panhard, 1880, p. 668).

Nous ne pouvons suivre le conseil d'Etat dans sa jurisprudence : les solutions qu'il adopte portent certainement atteinte aux droits des familles, et elles ne sont pas juridiquement motivées.

Qu'importe que l'impétrant ait une possession plus ou moins réelle, puisqu'il faut à cette possession le secours d'une autorisation pour produire effet? Le droit à un nom ne se fonde point sur la possession : pourquoi fonder sur elle la violation d'un droit véritable sur ce nom?

Quant à rejeter une opposition sous prétexte qu'il n'y a aucune confusion possible entre les noms des parties en cause, on le comprendrait si l'intérêt attaché aux noms consistait uniquement à distinguer les familles les unes des autres. Mais l'honneur, le passé des opposants, n'est-il pas vrai qu'en communiquant le nom, le gouvernement les communique en partie à un tiers? S'il n'y voyait pas un certain bénéfice moral, l'impétrant aurait-il demandé l'addition en litige?

Pour nous, le droit au nom constaté, l'intérêt est suffisamment démontré. Il n'a pas besoin de se spécialiser : voir posséder son nom par un autre, est, dans l'esprit de la loi de germinal, un préjudice suffisant pour motiver une opposition.

Peu importe la nationalité du plaignant. Il s'agit d'une question d'état, de ce qu'il y a de plus personnel au monde; c'est d'après les principes du droit naturel et des gens, que doit être réglée toute contestation relative à la possession d'un nom, et à l'usurpation qui en aurait été faite.

Mentionnons, sans l'approuver, une ordonnance du 23 mars 1815, qui considère la longue possession d'un nom, sans preuve de sa propriété, comme suffisante pour motiver une opposition.

QUALITÉ. — Représenter la famille, ou une partie notable de la famille. Le nom lui appartient plus qu'à

chacun de ses membres ; l'intérêt d'un seul est en même temps l'intérêt de tous.

Peu importe qu'il y ait un ou plusieurs opposants, que l'opposant soit une femme, mariée ou non mariée (malgré une décision contraire du conseil d'Etat : 21 juin 1839). La femme, tout en prenant le nom du mari, garde son nom propre, qu'elle apportera peut-être plus tard à un second mari : elle a, comme tout membre de la famille, le dépôt et la garde de l'honorabilité du nom ; elle peut donc s'opposer (Cass., 16 mars 1841. DALLOZ, v^o Nom, n^o 19.) à une collation de nom qu'elle croit contraire à ses intérêts.

Mais un membre isolé peut-il faire opposition à l'insu, sans le consentement, contre le gré de la famille ? Il vaut mieux, à notre avis, s'en remettre à la prudence des magistrats ; ils apprécieront, suivant les circonstances, si l'intérêt d'un seul est assez considérable pour faire échec à la décision de tous les autres.

Ces principes ont été appliqués aux communes, personnes morales ayant un nom propre, que des individus ont parfois tenté de s'approprier (Ord. 27 déc. 1820 ; décr. 18 août 1862).

Qui a qualité pour faire opposition au nom de la commune ?

Le maire, sur délibération du conseil municipal.

Mais une curieuse question s'est aussi présentée : tout contribuable peut, en cas de négligence des représentants d'une commune, se pourvoir en conseil d'Etat, et agir à ses risques et périls, avec autorisation du conseil de préfecture. A-t-il le droit de faire opposition dans l'espèce ?

Non, répondait le conseil d'Etat (8 janvier 1817).

Mais la loi du 18 juillet 1839 (art. 49) consacre ce droit de pourvoi sans aucune réserve : la solution précé-

dente ne peut plus être maintenue. Le conseil d'Etat l'a d'ailleurs implicitement abandonnée (décr. 1^{er} sept. 1860).

Compétence en matière d'opposition. — Comme la demande de changer de nom, l'opposition relève du gouvernement. C'est par décret que l'autorisation a été accordée, c'est par décret qu'elle est retirée. Seulement, par suite de l'intervention de l'opposant, il y a désormais deux parties en cause ; l'affaire doit être jugée au contentieux, et c'est à la section du contentieux du conseil d'Etat que l'examen en sera confié.

Il est bien entendu que, *ratione materie*, la compétence des tribunaux administratifs ne saurait s'étendre, en cas d'opposition interjetée, plus avant qu'en cas d'autorisation demandée : les questions d'état, de propriété, de rectification de noms relèvent à toute époque des tribunaux judiciaires. Aussi :

1^o Dans un procès en contestation de nom, si la partie dont le nom est contesté soumet, *pendente lite*, une demande au gouvernement afin d'obtenir concession du nom en litige, les tribunaux, naturellement compétents, ne doivent nullement se dessaisir sous prétexte de conflit (Nîmes, 15 déc. 1810, *Capdeville*).

2^o Par contre, en cas d'opposition à un changement de nom, si l'impétrant s'est fondé pour la repousser sur un droit préexistant au nom, prétention que l'opposant combat, il y a là une question préjudicielle d'état ou de propriété, qui rentre dans la compétence des tribunaux judiciaires : le chef de l'Etat ne peut la trancher.

Mais que fera-t-il ?

Rendre une ordonnance interlocutoire de renvoi aux tribunaux, et statuer sur la question de nom après jugement de la question d'état ? C'est bien long et bien compliqué. Le chef de l'Etat doit se dessaisir purement, sim-

plement, et définitivement. Devant les tribunaux, si le concessionnaire triomphe, il a *de plano* et sans le secours d'aucune autorisation, le droit de porter le nom qu'on lui conteste ; si c'est l'opposant au contraire qui l'emporte, il est inutile de retourner devant le conseil d'Etat : la question est jugée irrévocablement (MACAREL, Thémis, t. III, p. 123).

Décision. — Le chef de l'Etat maintient ou révoque l'autorisation accordée.

La révocation se fait par décret : on admet généralement que la publication n'en est pas nécessaire, le décret ne nuisant qu'à celui contre qui il a été rendu. La révocation produit un effet absolu : l'impétrant est déchu de tout droit au nom retiré ; le décret d'autorisation était acquis *erga omnes*, le décret de révocation produit effet *erga omnes*. Il s'ensuit que tout intéressé, *même non opposant*, peut se prévaloir du second décret, et « se pourvoir devant » qui de droit, pour faire annuler tous jugements et rectifier tous actes, qui seraient intervenus en exécution du « décret révoqué » (Cons. d'Etat, 18 avril 1816).

Le rejet de l'opposition est tacite : l'absence de révocation dans l'année rend l'autorisation définitive et l'opposition non avenue.

§ IV. — *Effets de l'autorisation devenue définitive.*

L'autorisation définitive produit effet immédiatement, indépendamment de toute rectification de l'état-civil : la rectification peut dès ce moment être demandée.

L'autorisation profite, sans aucun doute, au demandeur, signataire de la requête ; elle est sans effet à l'égard de ses ascendants et de ses collatéraux. En est-il de même à l'égard de ses descendants ?

Pour les enfants qui ne sont pas encore nés, aucune

difficulté n'est possible : ils prennent le nom du père au moment où ils naissent.

Pour les enfants déjà nés, la solution du conseil d'Etat (1) paraît être celle-ci :

1^o L'autorisation profite de plein droit à tous descendants de l'impétrant, majeurs ou mineurs.

2^o Tandis que le nom s'impose aux mineurs, les majeurs peuvent le refuser : ils ont le droit de s'en tenir à leur nom originaire, et de s'opposer à toute rectification (Avis, 27 nov. 1839 ; 3 janv. 1844 ; 12 janv. 1854 ; 8 déc. 1861).

Les deux règles ont été contestées.

Le tribunal civil de la Seine a refusé d'accorder aux enfants de l'impétrant, la rectification demandée en vertu d'une autorisation accordée à leur père (19 janv. 1861). Il déclarait que la décision ne doit produire effet qu'à l'égard du demandeur : ses enfants ayant leur nom fixé au moment de leur naissance, ne peuvent plus le changer qu'en vertu d'une décision *personnelle*. Il n'y avait pas lieu, ajoutait-il, de suivre à leur égard d'autres règles qu'à l'égard des ascendants ou des collatéraux de l'impétrant.

Le conseil d'Etat voit les choses de plus haut : « Le » nom, — dit-il, — est indivisible et collectif..., il appar- » tient à la famille..., il *saisit* tous les membres de la » famille..., les individus qui la composent le portent en » vertu de leur filiation. » Il invoque *l'unité de la famille*, « qui ne serait pas complètement atteinte, si la » collation d'un nom nouveau, s'épuisant au profit de celui » qui l'obtient, ne s'étendait pas de plein droit à ses » enfants » (Av. 3 août 1861).

En présence d'une déclaration de principes aussi formelle, les tribunaux sont revenus sur leur jurisprudence.

(1) M. BERTIN, Des changements de nom, *Droit*, 19 nov. 1863.

(Seine, 25 avril 1863; Grenoble, 5 juill. 1870, D. 70. 2. 206.)

Aussi ne faut-il pas distinguer les majeurs des mineurs, quant au bénéfice de l'autorisation; bien que maîtres de leur nom, ils peuvent profiter du changement sans le demander eux-mêmes : ils participent comme les autres à la *saisine collective* de toute la famille.

Quant à la distinction en vertu de laquelle le nom accordé s'impose aux mineurs, mais non aux majeurs, le Conseil d'Etat la justifie par cette raison que les majeurs sont « affranchis de la puissance paternelle, et peuvent » être dans le cas d'invoquer des intérêts contraires à « ceux du chef de la famille. »

Nous ne critiquerons pas ces solutions : peut-être sont-elles un peu arbitraires, peut-être les considérations d'*unité de la famille* et de *saisine collective* ne sont-elles pas des raisons bien juridiques. Mais dans le silence absolu des textes, la jurisprudence a adopté, en somme, la solution la plus pratique, la plus conforme aux intérêts de chacun des descendants : on ne saurait l'en désapprouver.

Le père a l'exercice des actions de ses enfants mineurs : il peut intenter l'action en rectification qui leur appartient. Il n'exerce plus les actions de ses enfants majeurs : ceux-ci consulteront leurs intérêts, et décideront en toute liberté, s'ils ont à exercer l'action ou à ne pas l'exercer.

Tous changements et additions de nom sont frappés d'un droit de sceau de 650 francs par personne qui obtient le changement.

Ce droit peut être remis, en tout ou en partie, par le chef de l'Etat, sur la proposition du ministre de la justice.

DEUXIÈME PARTIE

LE NOM : SA NOTION JURIDIQUE, SES APPLICATIONS

Le nom présente cette singularité qu'il s'impose en même temps qu'il appartient à son propriétaire. L'ordre public n'est pas moins intéressé que les particuliers, à ce que chacun d'eux soit connu sous une appellation fixe et certaine. Dès lors, à côté du droit de l'individu, au-dessus de lui, se place le droit de l'Etat. Que l'individu renonce à son droit à lui, si rien en principe ne s'y oppose, il ne peut faire, par sa renonciation, que l'Etat abdique le sien. D'où il suit que si chaque particulier a des droits sur son nom, de ce même nom découlent pour lui des obligations; qu'il en est souverain, soit, mais souverain nécessaire : qu'il a le pouvoir d'en user, mais qu'il en a en même temps le devoir.

C'est un aphorisme devenu banal que celui-ci : « *Le nom est une propriété* »; « propriété syllabique », comme l'appelait le président de Brosses. La jurisprudence et les auteurs le répètent à l'envi. L'article 1^{er} du projet de loi de M. BOZÉRIAN sur le nom commercial, contient le mot en toutes lettres. Il sera peut-être téméraire de contrecarrer une idée aussi universellement reçue. Pour-

tant avant d'accepter le terme de *propriété*, un mot de critique nous paraît nécessaire.

Assurément, dans un sens large, tout droit est la propriété de son titulaire : mais tel n'est pas le sens *juridique* du mot « propriété ». Dira-t-on qu'un citoyen est propriétaire de ses droits politiques, un conjoint de sa qualité d'époux, un enfant de sa filiation ? Non, car des trois éléments essentiels à la propriété, l'élément distinctif, caractéristique, le *jus abutendi* manque. On ne contracte pas, on ne transige pas sur une question d'état. Le nom des citoyens, — nous l'avons vu, — n'est que le résumé de leur état-civil : le mettra-t-on dans le commerce comme une maison ou un fonds de terre ? Non évidemment. Ce qu'il y a d'aliénable dans le nom se réduit à bien peu de chose : c'est d'abord le droit de faire opposition à un changement de nom, parce que le gouvernement conserve intacte la faculté d'accorder ou de refuser ce changement ; c'est ensuite l'usage commercial ou industriel du nom, aussi longtemps que l'état-civil des personnes n'en souffre point, le cédant conservant son nom, le cessionnaire gardant le sien, et faisant seulement son trafic sous un nom étranger. Il y a loin de là au *jus abutendi* que comporte un véritable droit de propriété.

En pure théorie, le nom est donc une « *res extra commercium* », et le droit qu'il engendre, un droit *sui generis*. Sous le bénéfice de cette réserve — que les auteurs ne font guère (1), — rien ne nous coûte plus d'accepter les termes usuels de « propriété du nom », termes que

(1) Nous l'avons constatée dans la thèse récente de M. TOURNADE : *Du nom de famille et des titres nobiliaires*, (1883). Le caractère plus général de notre étude nous permet de confirmer cette réserve par l'examen des lois commerciales et industrielles relatives au nom. Nous croyons, et nous cherchons à établir qu'il n'existe qu'une seule notion juridique du nom, à la fois compatible et conciliable avec les données de l'histoire, avec les principes juridiques, avec les exigences pratiques du commerce et de l'industrie.

la pauvreté de la langue, sinon l'exactitude scientifique, nous autorise à adopter.

Il faut voir en quoi consiste ce droit, quels bénéfices il procure, et comment la loi le garantit.

Le premier effet du nom, c'est de représenter l'individu, ses qualités, son honneur, sa réputation. De là le prix qu'on attache à certains noms; de là le droit à leur défense et à la réparation de tout préjudice atteignant la personne par leur intermédiaire, — que ce préjudice soit volontaire ou inconscient, direct ou indirect, causé verbalement ou par écrit.

Une application récente de ce premier droit a été faite par le tribunal civil de la Seine. Il a été interdit à un romancier en vogue, d'affubler un de ses personnages du nom d'un particulier. Pareille interdiction évidemment ne saurait être prononcée *a priori* : il y a des noms tellement banals que leurs titulaires n'auraient aucun intérêt à se plaindre d'un tel usage. Mais, dans l'espèce, il s'agissait d'un nom peu répandu; le personnage en question jouait dans le roman un rôle peu honorable; il exerçait même une profession très-voisine de celle du plaignant, à Paris, dans la même rue que lui. Toutes ces coïncidences, *voulues ou non*, motivaient largement, — dans l'espèce, — la solution rendue par le tribunal (Affaire *Zola-Duverdy*, à propos du roman de *Pot-Bouille* : *Gaz. des Trib.*, 9 et 16 fév. 1882).

Bien entendu, si l'atteinte portée au nom prend un caractère intentionnel et diffamatoire, elle relève des tribunaux correctionnels et encourt les peines de la diffamation.

Le nom sert, en second lieu, à distinguer les individus. Parfois, il est vrai, il va contre son but. La vulgarité de certains noms et de certains prénoms fait qu'il

n'est pas rare de rencontrer plusieurs individus étrangers les uns aux autres, et possédant exactement les mêmes dénominations. Ces ressemblances, toujours gênantes, ont parfois donné lieu à des confusions préjudiciables à l'un des homonymes. La question s'est posée spécialement en matière postale. Deux homonymes habitent la même commune : auquel des deux remettre les correspondances adressées à leur nom ? Le règlement d'administration publique de 1832 décide (art. 521), que le directeur du bureau de poste doit en ce cas ouvrir la lettre en présence des deux intéressés, et la remettre à son véritable destinataire.

Le titulaire d'un nom en a, en troisième lieu, droit d'usage exclusif, et, comme conséquence, droit d'en tirer tout le bénéfice possible.

L'artiste le met sur son œuvre, le commerçant sur son enseigne, l'inventeur, le fabricant sur ses produits ; tout le monde s'en sert comme signature.

Le droit au nom patronymique est exclusif, mais plutôt pour la famille que pour l'individu : on l'a constaté en matière d'opposition aux changements de nom : on le verra en matière de cession commerciale. La famille peut quelquefois intervenir quand, par une cession hasardée, le nom risque d'être compromis dans une entreprise de ce genre.

L'usage du nom n'est point seulement facultatif : en bien des circonstances il devient obligatoire ; l'omission d'un nom peut entraîner la nullité d'un acte. Ces circonstances ne peuvent être ici énumérées ; tous les jours des actes législatifs ou gouvernementaux en ajoutent de nouvelles : ce sont des décisions spéciales, qu'il faut étudier isolément avec la matière pour laquelle elles interviennent.

Nous savons quels noms doivent contenir les actes de

l'état-civil. Mentionnons encore l'acte notarié ou doivent figurer les noms du notaire, des parties et des témoins, à peine de nullité; et l'acte sous seing-privé qui exige, en général, la signature de l'obligé.

Quant aux actes publics, une circulaire ministérielle du 19 juin 1858 enjoint aux tribunaux dans leurs décisions, aux notaires et officiers publics dans les actes qu'ils rédigent, de n'attribuer aux parties que *les titres et noms qu'elles justifient être en droit de porter* (Décr. 6 juillet 1810, art. 38).

Si cette justification n'est point faite par des preuves évidentes, l'intéressé doit se pourvoir devant les tribunaux pour faire trancher la question, et rectifier au besoin l'acte, s'il est déjà rédigé.

Les effets attachés au nom doivent être envisagés séparément :

- 1^o en matière civile;
 - 2^o en matière commerciale.
-

CHAPITRE I

EFFETS DU NOM EN MATIÈRE CIVILE

§ 1. — *De la cession civile des noms.*

« Le nom est inaliénable. » De cette règle, maintes fois répétée, découle la double conséquence que le cessionnaire d'un nom est sans droit pour substituer un nom au sien propre, comme le cédant pour l'y autoriser; que l'un n'acquiert rien, que l'autre n'aliène rien; en un mot, que la cession du nom est nulle.

Le chef de l'Etat seul a le pouvoir de modifier le nom des citoyens. Aussi cette nullité a-t-elle une limite : toute convention privée sur le nom est valable, pourvu que le droit de l'Etat soit sauvegardé. Ainsi en est-il d'une cession conditionnelle, subordonnée à l'autorisation prescrite par la loi de germinal an XI. Qu'y a-t-il d'aliéné actuellement? Rien autre chose que *le droit de faire opposition au changement de nom.*

Pratiquement, la cession isolée du nom est rare. On trouve l'obligation de prendre le nom d'une personne imposée comme condition d'une donation ou d'un leg. La libéralité en ce cas est conditionnelle; l'effet en demeure suspendu jusqu'à ce que l'autorisation nécessaire ait été

obtenue, et définitivement consacrée par l'expiration d'une année.

On trouve encore dans la pratique, la cession non plus du nom lui-même, mais de l'usage du nom. Le nom présente, il est vrai, moins d'utilité dans les affaires civiles que dans les affaires commerciales, où nous le retrouverons plus loin. Sans entrer ici dans une énumération d'espèces plus ou moins variables, on peut dire qu'une pareille cession est valable, tant qu'elle ne va pas jusqu'à engendrer ce qui sera défini plus loin, une « usurpation prohibée. »

§ 2. — *De l'usurpation civile du nom.*

On se rappelle que les usurpations de noms étaient très fréquentes dans l'ancien droit, qu'elles prenaient les formes les diverses, mais que leur but était partout et toujours le même : s'attribuer, grâce au désordre de la législation, une possession nobiliaire, et faire croire à l'existence de titres qui n'avaient rien de réel.

Les dispositions prohibitives de l'ordonnance de 1555, étaient lettre morte pour les usurpateurs.

L'Assemblée Constituante détruisit les titres et qualifications nobiliaires, mais ne toucha pas aux noms. Nous avons vu l'influence que les événements exercèrent sur ces derniers.

Après quelques mois de liberté illimitée, survint la réaction violente du décret de fructidor, punissant sévèrement toute prise de nom arbitraire.

Cette disposition ne se retrouve pas au code pénal. Napoléon, en créant une nouvelle noblesse, crut bien devoir punir les usurpateurs de titres, mais l'ancien article 259, qui prévoit ce délit, ne parle pas des noms : de là une controverse que nous avons vue diversement tranchée en jurisprudence.

La révision du code pénal opérée en 1832, eut pour résultat la suppression du paragraphe de l'article 259, relatif aux titres nobiliaires.

En droit pur, la question des noms n'était pas touchée : mais par suite de la connexité qui relie les noms aux titres, l'impunité accordée aux usurpateurs de titres, encouragea l'usurpation des noms. De 1832 à 1848, l'ambition se donna libre carrière : rien n'était plus commode que de s'affubler à l'exemple de ce président du roman de Balzac, d'un surnom féodal en apparence, qui devait finir par se substituer un nom véritable. De simple *Cruchot* qu'il était, le président s'était métamorphosé successivement en *Cruchot de Bonfons*, *C. de Bonfons*, puis en *monsieur de Bonfons*, tout court; et mal en prenait aux justiciables imprudents, d'user envers le terrible magistrat de son appellation roturière.

En 1848, la situation, fort simplifiée quant aux titres par l'abolition de la noblesse, ne l'était nullement quant aux noms. Ces derniers, bien qu'ils emportent souvent une signification nobiliaire, ne s'abolissent pas.

La noblesse, une troisième fois rétablie par l'empire, ne le fut qu'avec l'intention bien arrêtée de parer législativement aux abus. Le conseil du sceau fut rétabli; mais, malgré le vœu d'un grand nombre, sa compétence ne s'étendit pas jusqu'à la vérification et la recherche des noms; il *pouvait* seulement être *consulté* par le ministre de la justice, saisi d'une demande en changement de nom.

Ce fut la loi du 28 mai 1858, loi rétablissant l'ancien art. 259 et le complétant, qui institua et qui définit le délit d'usurpation de nom.

L'esprit de cette loi est tout différent de celui du décret de fructidor. Le décret, inspiré par les idées d'égalité, était écrit en haine de la noblesse : la loi, selon les paroles mêmes du rapporteur, « n'a aucune intention

hostile. » Disons même qu'elle a des intentions favorables : elle protège la noblesse contre la dépréciation des marques qui la distinguent. Le décret poursuivait les dénominations nobiliaires, sans distinguer si les porteurs y avaient droit ou non ; la loi ne poursuit que les faux nobles, les usurpateurs de noms. En ce sens, le décret était beaucoup plus sévère ; mais voici où il l'est moins : en poursuivant tout nom ou surnom qui rappelle des qualifications nobiliaires et féodales, le décret reconnaissait implicitement tout autre nom : c'est à la faveur de ce texte que les noms de terre, et que la particule ont trouvé grâce devant la jurisprudence. La loi au contraire ne se préoccupe pas de savoir si la qualification était en réalité féodale et privilégiée. Elle examine le fait : dans l'état actuel, tel nom est-il de nature à tromper le public sur l'origine nobiliaire d'une personne : quand même, eu égard aux principes, ce nom n'aurait aucune portée nobiliaire, elle le poursuit, et le réprime.

C'est l'usurpation que la loi de 1858 veut punir : mais le moyen de prévoir toutes les fraudes, de régler tant de situation fausses ou douteuses ?

La loi de 1858 devait être, et est en effet, d'une rédaction imparfaite et d'une application difficile.

L'usurpation civile des noms donne aujourd'hui lieu à deux actions : l'une civile en réparation et en cessation du préjudice causé par le port illégal du nom, l'autre correctionnelle, tendant principalement à une peine, et accessoirement à des dommages-intérêts. Ces deux actions demandent à être examinées séparément.

1. *ACTION CIVILE.* — Cette action est basée sur l'article 1382 du code civil, tout fait qui cause préjudice à autrui donnant lieu à réparation : elle se joindra le plus souvent à l'action en rectification.

Les conditions de cette action sont exactement celles auxquelles s'exerce le droit d'opposition.

Le demandeur doit avoir intérêt et qualité. Il doit être porteur du nom et justifier du préjudice causé. Ce préjudice existe, dès qu'il y a port illégal du nom revendiqué; peu importe que le plaignant ait ou non subi dans sa personne ou dans sa fortune une atteinte matérielle.

Cette action, portée devant le tribunal du domicile du défendeur, aboutit toujours à faire cesser l'usurpation; elle peut amener en outre une condamnation à des dommages-intérêts.

II. *ACTION CORRECTIONNELLE*. — Dans l'état actuel de la législation, le simple fait de changer son nom n'est plus nécessairement un délit. On ne peut douter en effet qu'en présence de la loi de 1858, les dispositions du décret de fructidor ne soient abrogées. Les deux textes prévoient bien le même fait délictueux, et la sanction de l'un est différente de celle de l'autre. La loi de 1858 est plus douce que le décret de fructidor : elle est incompatible avec lui : elle l'a donc abrogé.

α) ÉLÉMENTS DU DÉLIT. — L'usurpation, pour donner lieu à l'action correctionnelle, doit aux termes mêmes de l'article 259, réunir trois conditions : 1° absence de droit ; 2° publicité ; 3° intention de s'attribuer une distinction honorifique.

Absence de droit. — On sait comment le droit au nom se prouve : par l'état-civil ou par l'« état légal ». La recherche de ce dernier, de la compétence des tribunaux civils en matière de rectification de noms, est de la compétence des tribunaux correctionnels en matière d'usurpation.

Il faut reproduire ici la remarque déjà faite, que la preuve ainsi obtenue n'est qu'une *res inter alios acta*, nullement opposable aux intéressés qui n'ont pas été parties au procès ;

toutes les rectifications qui auront été ordonnées accessoirement, pourront être attaquées par eux.

Publicité. — L'Etat, pas plus que les particuliers n'a le droit d'ouvrir la porte d'un citoyen pour contrôler ses actes. Je puis me donner chez moi le plaisir innocent de me *marquiser* et de me *comtiser* à ma guise. Bien plus, certains faits qui se manifestent au dehors, par exemple l'usage de *cartes de visites* contenant un nom prohibé, sont déclarés insuffisants pour constituer la publicité requise (Rapp. de M. du Miral). Les tribunaux ont là-dessus une appréciation souveraine. On avait proposé de restreindre la publicité à l'énonciation du nom dans un acte authentique ou sous seing-privé, ou dans un écrit publié. Le conseil d'Etat trouvant cette rédaction à la fois trop large et trop étroite, a cru meilleur de ne point définir la publicité, et de s'en rapporter aux juges du fait : le législateur a suivi cet avis.

Intention de s'attribuer une distinction honorifique. — *En droit*, le nom n'a aucune signification précise, soit nobiliaire, soit roturière. *En fait*, le public distingue des noms de forme nobiliaire et des noms roturiers. Nous avons expliqué l'anomalie, nous n'y reviendrons pas. La loi de 1858 ne se place pas sur le terrain du droit : ce sont les faits qu'elle observe.

Les noms multiples et compliqués, les noms à particule surtout, passent aux yeux du vulgaire pour des noms distingués et supérieurs : abuser de l'erreur publique, et rechercher sans droit une distinction par un pareil moyen, tel est le délit prévu par cette loi et puni comme une véritable usurpation de titre.

C'est donc un délit que la loi punit : or pas de délit sans intention. Un auteur qui, sans prétention nobiliaire, prend un pseudonyme d'apparence féodale, ne doit donc pas être

poursuivi. Il en est de même de celui qui, prenant un nom prohibé, émet la prétention d'y avoir un droit : avant de l'assigner correctionnellement, il faut s'assurer qu'il est de mauvaise foi et faire vider préalablement l'affaire au civil. S'il est déclaré sans droit au nom revendiqué, il ne peut plus alors le prendre de bonne foi, et tombe forcément sous l'application de l'article 259.

b) QUI PEUT INTENTER L'ACTION ? — Il s'agit, dit M. du Miral, de délits qui ne lèsent point directement les intérêts privés : la poursuite en appartient exclusivement au ministère public.

Bien plus, les pouvoirs du ministère public sont eux-mêmes restreints (circul. du 19 juin 1858) : les procureurs généraux sont invités « à ne laisser intenter dans leur ressort aucune poursuite, sans avoir provoqué et reçu les instructions spéciales » du garde des sceaux.

c) COMPÉTENCE. — Le tribunal correctionnel statue sur l'existence des trois éléments du délit, et prononce la peine.

Si, devant le tribunal, la partie présentait pour sa défense un acte de l'état-civil conforme à ses prétentions, le ministère public, on l'a vu, aurait le droit d'agir au civil en rectification ; ou si cet acte provenait d'une rectification déjà obtenue il pourrait interjeter appel du jugement qui l'aurait accordée.

d) PÉNALITÉS. — La peine, beaucoup plus douce que celle du décret de fructidor :

1^o D'une amende, de 500 à 10,000 fr. ;

2^o Accessoirement, de l'insertion intégrale ou par extrait du jugement dans les journaux, aux frais du condamné. Cette deuxième pénalité est facultative.

e) CONSÉQUENCES CIVILES DU JUGEMENT. — En cas de condamnation, mention du jugement est faite, par ordre du tribunal, en marge des actes authentiques ou de

l'état-civil dans lesquels le nom a été indûment pris ou altéré.

Cette disposition a pour but d'effacer toute trace du délit, et d'empêcher un nouvel usage de l'acte vicié.

En cas d'acquiescement, le jugement ne constitue nullement une reconnaissance de la prétention du défendeur : l'exposé des motifs de la loi de 1859, le dit formellement : « Posséder un titre (ou un nom), et n'être pas coupable du délit d'usurpation, sont des choses distinctes que ni la loi, ni la raison ne doivent confondre. »

CHAPITRE II

EFFETS DU NOM EN MATIÈRE COMMERCIALE.

C'est dans le commerce que le nom trouve aujourd'hui sa principale application : l'utilité n'en date que de notre siècle, où la liberté commerciale a été proclamée, et elle s'augmente chaque jour avec le cercle des transactions.

Le nom représente le commerçant, ses talents, son crédit, son honneur même, c'est un moyen d'achalandage. (M. GASTAMBIDE (1), c'est le pavillon de la marchandise (M. PUILLET (2), le thermomètre du crédit et le signe de ralliement de la clientèle (M. CALMELS (3).

Le commerçant a le droit d'en user exclusivement ; il a le droit de demander réparation et répression contre les usurpateurs : c'est surtout en matière commerciale que le droit au nom tend à se rapprocher le plus de la propriété.

§ 1. — *Du nom considéré comme instrument de commerce ; des cessions de nom.*

Le commerçant peut retirer lui-même toute l'utilité de

(1) GASTAMBIDE : Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, 1882.

(2) PUILLET : Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale, 1875.

(3) CALMELS : Des noms et marques de fabrique, 1858.

son nom ; il peut aussi le mettre en commun , associer ses efforts à ceux d'autrui , courir avec lui les mêmes chances de gain ou de perte ; il peut enfin renoncer entièrement à cette utilité au profit d'un tiers. Ce sont trois hypothèses à distinguer.

A) LE COMMERÇANT USE LUI-MÊME DE SON NOM. — Il en fait sa raison de commerce, sa signature ; il l'écrit sur son enseigne, sur ses prospectus, ses cachets et autres accessoires ; il en marque ses produits, et désigne de ce nom ses inventions industrielles. Bien plus, il est libre de le changer, si bon lui semble, (toujours dans le cercle de ses opérations commerciales) ; le surnom, le pseudonyme devient pour lui une sorte de nom additionnel, spécial ; et la loi, qui, en matière de changements de nom ne poursuit que « l'escroquerie et l'ambition », le reconnaît et le protège. Parfois même, ce surnom se retourne contre son titulaire : si dans ses affaires, il est uniquement connu sous un nom d'emprunt, les tiers peuvent l'assigner valablement sous ce seul nom : il ne saurait objecter que l'assignation est nulle comme ne contenant pas le nom que lui donnent les actes de l'état-civil (Paris, 6 mai 1858).

Une seule différence sépare le nom d'emprunt du nom véritable : celui-ci est perpétuel, tandis que l'autre, dès qu'il cesse d'être appliqué à tel commerce, tombe immédiatement dans le domaine public et devient la propriété de tous (Paris, 12 décembre 1857, *Nadar*).

A la perpétuité du nom se rattache encore cette décision, que l'expiration d'un brevet, confère bien à tous le droit d'exploiter l'invention désormais sans maître, mais que l'inventeur conserve seul le droit de revêtir ses produits de son nom. D'où, si Pierre, inventeur breveté de telle machine, lui a donné le nom de *machine Pierre*, sous lequel elle est généralement connue, son brevet expiré, un étranger, constructeur de machine du même système, ne pourra, sans commettre

une usurpation, y inscrire le nom de *machine Pierre*, comme pour en indiquer une fausse provenance (Grenoble, 2 avril 1857, *Chartreuse*, Pataille, 58. 119; Paris, 12 janv. 1874, *Liebig*, Pataille, 74. 83.).

Un tempérament est apporté par la jurisprudence et la doctrine à cette rigoureuse théorie. Quand l'objet breveté, qualifié dès l'origine du nom de son auteur, (*Bretelle*, *Quinquet*, etc.) est depuis universellement et uniquement connu sous ce nom, à l'expiration du brevet, le nom comme l'objet qu'il désigne tombe forcément dans le domaine public : car priver les tiers du droit de nommer leur produit, ce serait leur enlever le droit de le vendre, et par suite de le produire (Cass. 28 janvier 1846, *Spencer et Stubs*, J. Pal. 48. 2. 266).

A cette première restriction à la propriété commerciale du nom, il faut en ajouter une seconde, au cas de conflit entre homonymes. Cette question, comme la précédente, touche à l'usurpation des noms ; elle est cependant d'une portée plus générale, et mérite d'être étudiée ici (V. M. POUILLET, nos 488 s., et les nombreux arrêts qu'il cite).

Voici l'hypothèse : Pierre est commerçant ; un autre individu du nom de Pierre vient s'établir à côté de lui et lui faire concurrence, ou s'associe à des concurrents de noms différents, ou enfin leur prête simplement son nom.

Sur la plainte du premier Pierre, le second dira : je n'usurpe pas votre nom, je me sers du mien. J'use de mon droit, comme vous du vôtre : je n'ai commis rien d'illégal.

Les divergences qui séparent les auteurs, les contradictions apparentes de la jurisprudence résultent de la difficulté qu'on éprouve à préciser la limite, le point de rencontre de deux droits également respectables : d'une part la propriété des deux homonymes sur leur nom, de

l'autre, le droit du premier commerçant à être protégé contre la concurrence déloyale.

Qu'est-ce, en notre matière, que la concurrence déloyale ? Où s'arrête le droit ? Où commence la fraude ? Question bien délicate.

Qu'un homonyme, parent ou non du plaignant, exerce un commerce, une industrie analogue à celle de son homonyme, qu'il y emploie le nom qu'il tient de sa famille, rien de plus moral en soi. Cet emploi du nom préjudiciera peut être à l'adversaire ; mais c'est là une des mille formes de la concurrence, qui est licite, encore qu'elle soit voulue et calculée. Il faut trouver la limite où le libre exercice du droit dégénère en licence, où le *dolus bonus* se transforme en *dolus malus*.

A notre avis, le point de départ théorique de cette transformation est celui-ci : l'homonyme sort des limites d'une concurrence loyale, quant il veut *tromper* la clientèle *soit sur la nature*, *soit sur l'origine* du produit.

Tout est là : la concurrence déloyale, — le mot l'indique assez, — constitue un délit, au moins un délit civil : elle contient une intention coupable. Or, puisque l'homonyme est *en droit* d'user de son nom, l'élément délictuel ne peut résider chez lui, que *dans les moyens employés*, dans les procédés par lesquels il a espéré détourner à son profit la clientèle du voisin.

Or, ces moyens varient à l'infini : ainsi s'expliquent les solutions d'apparence contradictoire fournies par la jurisprudence. *L'appréciation de la concurrence déloyale entre homonymes est une question de fait.*

Nous avons tenu à séparer cette première question d'une seconde qui lui est très connexe : quelle sanction donner à la concurrence d'un homonyme, à supposer quelle soit déloyale ?

Les auteurs et la jurisprudence se partagent en des avis

d'une plus ou moins grande sévérité. Il est certain que la déloyauté de la concurrence admet des degrés, et que la sanction doit en être proportionnée à la gravité. Aussi ne discuterons-nous pas les moyens employés contre elle. Nous voulons seulement nous demander, si les tribunaux peuvent aller jusqu'à *interdire* à un concurrent déloyal l'usage de son nom.

M. CALMELS (*Pataille*, 1856. 33) le nie ; mais il concède que les tribunaux peuvent en réglementer l'exercice.

Cette réglementation, il faut bien l'avouer, n'est autre chose qu'une interdiction partielle. M. CALMELS admet donc cette dernière sans admettre l'interdiction totale.

Nous ne comprenons pas une pareille distinction.

Le droit de réglementation des tribunaux trouve à la fois son principe et sa limite, dans la nécessité de protéger le commerce honorable. Si une interdiction partielle est nécessaire pour assurer cette protection, tout le monde y souscrit. Pourquoi ne point admettre une interdiction totale, dans les cas où l'on en verrait la nécessité ?

Tout ce qu'il est possible d'accorder, c'est que cette nécessité est rare, et que les juges doivent veiller à ne point protéger les demandeurs au-delà du strict nécessaire. Mais, appréciant souverainement l'étendue du délit, et le préjudice qu'il cause, ils décident forcément avec la même souveraineté, des moyens à employer pour le réparer et le prévenir. *La répression de la concurrence déloyale entre homonymes est aussi une question de fait.*

B). LE COMMERÇANT USE DE SON NOM CONJOINTEMENT AVEC UN TIERS. — Des trois principaux genres de sociétés commerciales, sociétés en nom collectif, en commandite et anonymes, les deux premières prennent comme « raison de commerce » le nom d'un ou de plusieurs associés, la troisième cache le nom de ses membres sous un nom d'emprunt. C'est

un droit incontesté aujourd'hui, que celui d'apporter à une société son nom en même temps que son concours. Personne ne peut s'y opposer, pas même un homonyme, à moins, on vient de le voir, que l'emploi du nom n'ait lieu comme moyen de concurrence déloyale.

On s'est demandé si le nom pouvait faire l'objet *unique* d'un apport social. Le nom, en effet, c'est le crédit; et pour bien des gens le crédit est une valeur, quelquefois la seule dont se compose leur patrimoine. L'apporter en société, sans concours personnel, paraît aussi naturel qu'apporter une somme d'argent ou toute autre valeur (contrà : TROPLONG, *des sociétés*, n° 115). Il ne s'agit pas ici d'ailleurs du crédit politique, lequel n'entre pas dans le commerce, mais uniquement du crédit industriel ou commercial (MM. LYON-CAEN et RENAULT, *Droit commercial*, t. 1, n° 259. — M. BOISTEL, p. 113). Encore pour l'apport de ce dernier faut-il poser une restriction : sans doute le nom constitue un apport suffisant, mais l'apport doit être sérieux; le nom doit représenter un crédit réel, et n'être pas apporté uniquement dans le but d'exercer, par sa ressemblance avec celui d'une autre maison, une concurrence déloyale contre cette dernière (Trib. comm. Seine, 23 avril 1856, réformé par : Paris, 12 déc. 1857); c'est l'application de la théorie exposée plus haut sur les homonymes.

Le nom choisi et la « raison sociale » adoptée, la société a sur le nom collectif les droits d'un particulier sur son nom individuel. Mais, fait curieux à noter, ce droit, la société ne l'a pas seulement contre les tiers, elle l'a encore contre chacun de ses membres isolés, car le nom fait partie de l'actif social. De là deux conséquences :

1° Pendant toute la durée de la société, il n'est permis à aucun membre de disposer de la raison sociale sans l'assentiment de ses co-associés; à l'inverse, nous ne croyons pas qu'il puisse encore disposer isolément de son nom pour

une entreprise analogue à celle de la première société : l'apport de son nom dans l'actif social emporte, sauf réserve expresse, abdication du droit d'en faire un pareil usage.

2° A la dissolution de la société, la raison sociale n'est pas détruite : elle constitue une valeur, et reste à partager avec l'actif. Pourtant, si l'un des associés veut retirer son nom du commerce, comme il en retire ses capitaux et son travail, le forcera-t-on à abandonner son nom à un acheteur, à un successeur inconnu, peut-être négligent ou peu honorable, et à perpétuité ? Nous ne le pensons pas. Et sans donner cette question, — que nous retrouvons plus loin, — de solution absolue, nous croyons que les tribunaux ont à concilier pour le mieux, *suivant les cas*, deux prétentions opposées également respectables. (M. POUILLET, nos 391, 558 s.)

C) LE COMMERÇANT TRANSFÈRE A UN TIERS TOUTE L'UTILITÉ COMMERCIALE DE SON NOM. — En dehors d'une mise en société, la translation a pu être volontaire ou forcée (M. POUILLET n° 572), à titre gratuit ou onéreux, entre-vifs ou à cause de mort, testamentaire ou *ab intestat*. La convention onéreuse entre-vifs se sera faite sous la forme d'une vente, d'un louage, d'un mandat, ou de toute autre cession analogue.

Mais ici se retrouvent deux questions déjà précédemment résolues : la cession du nom peut-elle s'opérer seule, en dehors de tout fonds de commerce, de tout apport en industrie ? L'homonyme a-t-il le droit de céder son nom ?

Les solutions données plus haut sont en tout point applicables. Il est à remarquer qu'en pratique les deux questions se présentent souvent ensemble, et que leur réunion est l'indice très-probable, sinon certain, d'une concurrence déloyale. Les tribunaux ont avant tout à apprécier

cier les faits et à juger suivant l'équité (Paris, 6 mars 1851, *Cliquot*, Pataille, 68. 289).

Quant à décider si le nom se transmet avec le fonds de commerce, et dans quelle mesure a lieu la transmission, c'est un point assez délicat. Il s'agit en effet d'interpréter la volonté des parties contractantes, qui le plus souvent n'insèrent point de clause spéciale relative au nom, ou, si elles en insèrent, emploient des expressions trop concises pour prévenir toute contestation. Il s'agit en outre de déterminer jusqu'où peut aller le droit de disposition qu'un individu exerce sur son nom.

Nous avons démontré que le nom est « *res extra commercium* », et que la cession commerciale ou industrielle du nom n'est en réalité qu'une cession de l'*usage*, de l'*utilité* que le nom est susceptible de procurer aux commerçants et aux industriels. En droit, le cédant garde son nom ainsi que ses héritiers : il le subit en même temps qu'il en est le maître.

Ces diverses considérations amènent, dans la pratique, les solutions suivantes :

La cession d'un fonds de commerce, à moins de réserve expresse, emporte tacitement cession de l'ancien nom sous lequel est connu ce fonds (Caen, 23 févr. 1881, *Leroyer*, Sir. 81. 2. 133).

Bien entendu, la cession du nom n'a lieu que pour le commerce cédé. Il ne pourrait être employé, contre le gré du titulaire, à des opérations nouvelles, étrangères à celles qui ont fait l'objet de la cession (Seine, 29 janv. 1846, *Gaz. Trib.*, 30 janv. 1846).

Le nom du cédant ne peut être employé isolément : il doit être énoncé à la suite de celui du cessionnaire, avec un indicatif tel que « *ancienne maison* », ou « *successeur de...* » (Paris, 21 mars 1857, *Bautain*, Le Hir,

65. 2. 155). Un commerçant qui, en cédant ses affaires à un tiers, l'autoriserait à user de son nom *uniquement*, un commanditaire, un ancien associé (Art. 25 et 123, C. comm.), qui tolérerait l'emploi de son nom dans la raison sociale, commettrait une faute grave, sinon un dol envers les tiers : il pourrait être poursuivi comme escroc, et, à titre de dommages-intérêts, déclaré solidairement responsable des dettes sociales (MM. LYON-CAEN et RENAULT, Nos 294 et 346; M. BOISTEL, p. 126 et 136).

A son tour, le premier cessionnaire d'un nom a le droit, en cédant le fond, de céder le nom qui en est l'accessoire. C'est ce qu'une décision toute récente de la cour de Paris vient d'établir avec beaucoup de raison. Le cédant ne peut abdiquer son nom : par contre, l'utilité commerciale du nom constitue une valeur susceptible d'être aliénée, non-seulement par son titulaire primitif, mais par l'acquéreur à un sous-acquéreur. Il n'y aurait impossibilité d'aliéner qu'en cas de réserve expresse, si la cession du nom avait été faite *intuitu personæ*; or la considération de la personne entre rarement, ne peut être présumée entrer dans une opération commerciale (Paris, 23 nov. 1883, *Bourse c. Roussel* : *Gaz. Trib.*, 12 décembre 1883).

Quant à la durée de la cession, les uns la déclarent perpétuelle et définitive comme celle du fonds lui-même; les autres la limitent à un certain temps, dans l'intérêt des héritiers, de la famille du cédant : « Les tribunaux » devraient, en pareil cas, concilier deux intérêts, l'un » *commercial*, qui paraît exiger qu'un établissement cédé » à un successeur conserve *pendant quelque temps* le nom » de l'ancien propriétaire, pour le maintien et la continuation de la clientèle; l'autre *civil*, important à l'honneur des familles, et qui ne permet pas qu'un tiers » étranger se pare d'un nom qui n'est pas le sien, alors

» même qu'il prouverait que ce nom a été cédé. » (M. GASTAMBIDE, n° 467).

Nous admettons qu'en principe, la cession du nom, a moins d'une réserve, est perpétuelle : aucune raison de droit ne s'y oppose. Mais le droit des héritiers commence soit lorsque le cessionnaire *dépasse* les pouvoirs que lui donne son contrat d'acquisition, soit lorsque les circonstances de fait se sont modifiées, et qu'il y aurait impossibilité d'exécuter le contrat, dans les termes où il a été conçu primitivement, sans léser les droits conservés par les héritiers. C'est en ce sens, mais pour un motif tout différent, que nous nous rapprochons de la théorie de M. GASTAMBIDE.

Quelle que soit la solution admise, les héritiers ne seraient certainement plus admis à critiquer une cession qu'ils auraient reconnue, soit par leur concours à l'acte de cession, soit par une ratification postérieure.

Pour terminer cette étude de la cession commerciale, du nom, il faut rappeler et résoudre une difficulté pratique que cette cession soulève parfois en matière postale.

Le cédant et le cessionnaire habitent, si l'on veut, la même maison, la même petite ville. Qui des deux aura droit aux lettres portant comme adresse la raison commerciale, le nom cédé ?

Cette question, à notre avis, qui est celui de la doctrine (M. POUILLET, n° 575) et de la jurisprudence (Cass. 10 avril 1866, Teulet, 15. 435), ne comporte pas de solution absolue. Les juges en ont l'appréciation souveraine, ils décideront suivant les cas.

S'il y avait lieu de craindre, de la part du cédant, une concurrence, un préjudice quelconque envers son cessionnaire, les tribunaux ne sauraient hésiter : ils donneraient la préférence à ce dernier.

Si ce danger n'existait pas, si par exemple le cédant était retiré des affaires, une autre raison militerait encore en faveur du cessionnaire : son intérêt plus considérable et sa correspondance plus fréquente (Paris, 23 nov. 1883, cité *suprà*). Mais, ces raisons ne sont pas absolues. Il vaut mieux dans le domaine des faits, s'en rapporter à la prudence des tribunaux.

§ 2. — *De l'usurpation commerciale ou industrielle du nom.*

Tout dommage indûment causé à autrui donne lieu à réparation. Toute usurpation de nom réclame une prohibition pour l'avenir, une satisfaction pour le passé.

Est ce assez ?

Non. La fraude qui consiste à user du nom d'autrui pour lui faire une concurrence commerciale, peut n'être pas seulement un acte déloyal, mais un délit. L'usurpation peut prendre le caractère d'une véritable contrefaçon. Une réparation pécuniaire, en vertu de l'art. 1382 du code civil, est bien suffisante pour dédommager la partie lésée, mais non pour rétablir l'ordre public violé.

Apposer le nom d'autrui sur des objets fabriqués destinés à la vente, c'est tromper l'acheteur sur la provenance de la marchandise, c'est dépouiller le fabricant du bénéfice de son industrie : *premier délit*, que prévoit et punit la *loi du 28 juillet 1824*.

Apposer ce même nom sur des produits étrangers, quand le fabricant, par une volonté expresse s'en est réservé l'usage comme marque distinctive de sa fabrication, c'est commettre la même faute, aggravée de cette circonstance qu'elle viole un droit ouvertement affirmé, solennellement consacré : *second délit* qui prévoit et punit la *loi du 23 juin 1857*.

L'usurpation des noms peut donc donner lieu à trois actions :

1^o Une action civile, générale, en dommages-intérêts, fondée sur l'art. 1382 du code civil. — C'est l'action *en concurrence déloyale*.

2^o Une action pénale, fondée sur la loi du 28 juillet 1824, spéciale au cas d'apposition du nom d'autrui sur des produits fabriqués. C'est l'action *en usurpation de nom*. Cette action en saurait exclure la précédente, tant que la partie privée n'a pas épuisé son droit en présentant des conclusions incidentes à fin de réparations civiles.

3^o Une action pénale, fondée sur la loi du 23 juin 1857, spéciale au cas où, le nom constituant une marque de fabrique, l'usurpation qui en est faite forme en même temps *une usurpation de marque*. Cette action ne se cumule pas avec la seconde : un même fait ne saurait donner lieu à deux poursuites correctionnelles. Mais nous verrons qu'elle n'exclut pas l'action civile basée sur la concurrence déloyale, dont l'usurpation de marque n'est qu'un des moyens multiples.

SECTION PREMIÈRE

Action civile, générale, en usurpation de nom, fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

Nature et objet de cette action. — C'est l'action civile ordinaire en réparation du dommage causé à autrui soit par fraude, soit par simple négligence (*Pataille*, 1870. 159).

Le dommage consiste ici dans une concurrence commerciale ou industrielle exercée par des moyens illicites, tendant à établir entre les produits d'un commerçant et ceux de son concurrent, une *confusion* préjudiciable au premier.

Si l'auteur du délit est un non-commerçant, les tribunaux civils sont seuls compétents.

Si l'auteur est commerçant, faut-il accorder la compétence au tribunal de commerce?

Non, dit M. BLANC (p. 743); l'art. 631 du code de commerce ne lui reconnaît pas une pareille compétence : il faut donc s'adresser aux tribunaux de droit commun. Oui, répond la jurisprudence : l'art. 631 déclare que les tribunaux de commerce connaîtront de toutes contestations relatives aux « engagements » entre commerçants, sans distinguer si ces engagements proviennent d'un contrat, ou d'un délit et d'un quasi-délit (Trib. comm. Seine, 15 fév. 1872, Pataille, 73. 387). Cette théorie nous semble préférable ; nous ne l'adopterons pourtant qu'avec un tempérament :

Si la concurrence déloyale a lieu par des moyens difamatoires, le tribunal civil retrouve sa compétence ordinaire, et peut statuer sur la demande en dommages-intérêts (Paris, 25 juill. 1867, *Jalusot*, Teulet, 17. 379).

Conditions d'exercice de l'action en dommages-intérêts.

— Dans quel cas l'emploi du nom d'autrui contient-il les éléments délictuels ou quasi-délictuels indiqués, et donne-t-il lieu à l'application de l'art. 1382? Il faut examiner successivement cet emploi dans la raison de commerce, l'enseigne, les prospectus, annonces et autres accessoires ; comme dénomination des produits ; et enfin comme signe indicateur de l'origine des produits.

A) EMPLOI DU NOM COMME RAISON DE COMMERCE. — Est-ce un cessionnaire, un successeur qui l'opère ? Il en a parfaitement le droit ; en tenant compte toutefois de la restriction posée plus haut pour les rapports de ce cessionnaire avec les héritiers porteurs du nom.

Est-ce un associé ? Durant le cours de la société, il lui est défendu, on l'a vu, de dérober à celle-ci, pour un commerce analogue, l'usage de ce nom. A la dissolution,

il peut reprendre son nom personnel, il doit même le reprendre, le retrancher de la raison sociale : sinon, il serait responsable envers les tiers, qu'il aurait par son dol ou par sa faute, induits en erreur.

Est-ce un tiers ? Il tombe régulièrement sous l'application de l'art. 1382. Si ce tiers est un homonyme, il a le libre usage de son nom, mais cet usage peut être restreint et même totalement retiré, s'il est prouvé qu'il n'a lieu que dans un but de concurrence déloyale et illicite.

B) EMPLOI DU NOM DANS L'ENSEIGNE, LES PROSPECTUS, FACTURES, ET AUTRES MOYENS DE PUBLICITÉ COMMERCIALE NON ADHÉRENTS AUX PRODUITS.

Les mêmes solutions sont encore applicables. Il n'est pas rare que des prospectus contiennent des critiques plus ou moins fondées contre les produits d'un concurrent, dont on cite le nom en le dénigrant, afin de lui ravir sa clientèle : il y a là un fait de concurrence déloyale (Paris, 23 avril 1869, *papiers Job*, Pataille, 69. 115). On a même jugé qu'il y a concurrence illicite à s'attribuer *verbalement* le nom d'un commerçant voisin, pour retenir un client qui, sans ce mensonge, irait se fournir chez ce dernier (Seine, 30 sept. 1830, *Lepère*).

Mais à propos de l'enseigne, les tribunaux se sont parfois trouvés en présence de questions délicates.

L'enseigne, on le sait, peut se composer du nom de commerce, comme aussi de tout signe étranger : dans le premier cas, elle est dite « enseigne nominale », dans le second, « enseigne emblématique ».

L'enseigne nominale, rentre seule dans le cadre de cette étude. Ce qui la constitue, ce n'est pas seulement le nom, mais le nom employé de telle façon, sous telle forme, avec tel ou tel prénom, tel ou tel qualificatif qui, réuni à lui, forme la dénomination de la maison. Cette dénomination

est désormais stable, indépendante de tout changement de propriétaire : c'est une valeur, une véritable propriété, acquise par droit d'invention, d'occupation.

Le choix de l'enseigne, précisément parce qu'il est libre, se prête aisément aux usurpations : c'est souvent par elle que les commerçants homonymes cherchent à capter la confiance et à détourner la clientèle. Aussi la sévérité des tribunaux se montre-t-elle impitoyable : adjonction des prénoms en toutes lettres, indication de la date où l'établissement a été créé, suppression du nom de la femme, suppression de mots déjà employés par la partie plaignante, voilà autant de mesures prescrites suivant les cas, indépendamment des dommages-intérêts alloués.

On est allé plus loin : la concurrence par *analogie* comme par *identité* de nom a été réprimée, et l'on a vu le tribunal forcé, pour déjouer une concurrence toujours en quête de nouveaux artifices, d'entrer dans l'examen des lieux, et de rendre une multitude de prescriptions qui sembleraient vexatoires si elles n'étaient strictement nécessaires (V. 2 jugements du trib. comm. Seine : 28 mai, 3 sept. 1857, *Pinaud*, c. *Pineau*, le Hir. 58. 2. 481).

L'enseigne peut-elle énoncer la qualité de parent, *fils*, *neveu*, etc. ?

Oui, semble-t-il : la parenté est un pur fait, elle s'impose à tous. Mais, en pratique, indiquer le nom d'autrui sur son enseigne, qu'est-ce autre chose que chercher à s'en faire un moyen de crédit, un trompe-l'œil, pour la clientèle ? Ici encore les tribunaux pourront restreindre et même supprimer un pareil usage, s'ils le jugent nécessaire pour étouffer une concurrence déloyale.

J'en dis autant de la qualité d'*ancien associé* : tout en reconnaissant à l'ancien associé le droit d'invoquer son titre, il est des circonstances où ce droit pourra être res-

treint si l'exercice qui en est fait constitue à l'encontre des tiers une concurrence illicite.

Le titre d'*ancien contre-maitre*, *ancien ouvrier*, semble pouvoir toujours être interdit : il est difficile de le prendre sans but de concurrence illicite (Comm. Seine, 23 janvier 1857, *Mayer et Pierson*, Le Hir, 58. 2. 291).

Mais une vive discussion s'est engagée sur l'énonciation des titres d'*élève*, d'*apprenti*. L'apprentissage est un contrat, souvent onéreux pour l'apprenti : ne faut-il pas que ce dernier recueille tout le profit possible d'une situation qu'il a acquise au prix de sérieux sacrifices ?

Les uns assimilent l'apprenti à l'ouvrier et lui refusent tout droit de mentionner sa qualité (M. BLANC, p. 715. — M. GASTAMBIDE, p. 469).

Les autres partent de cette idée que le contrat d'apprentissage crée pour l'apprenti un droit non-seulement à apprendre un métier, mais encore à faire connaître sous quel maître il l'a appris : la qualité d'apprenti selon eux pourrait toujours être indiquée (M. BÉDARRIDE : Traité des Brevets d'invention, marques de fabrique, nom commercial, etc., n° 751. — M. CALMELS, n° 169).

Avec un troisième système nous adoptons en principe la dernière solution : mais nous y mettons cette restriction que le titre sera pris *loyalement* : les titulaires du nom en litige pourront donc réclamer certaines garanties, et empêcher que la prise du titre ne soit qu'une appropriation du nom mal déguisée. Si par exemple, l'ancien apprenti écrivait le nom de son patron en lettres très-apparentes, affectant de n'énoncer sa qualité d'apprenti qu'en caractères imperceptibles, il ne serait pas admis à invoquer son titre, pour atténuer la déloyauté de ses procédés de concurrence. C'est qu'en réalité, il n'y aurait plus là simplement

énonciation d'une qualité personnelle, mais appropriation très réelle, quoique dissimulée, du nom d'autrui (Trib. com. Seine, 27 octob. 1863, *Alexandrine*, Pataille, 64. 187. — M. RENDU, traité pratique des m. de fabrique et de la concurr. déloyale (1858), n° 487; M. POUILLET, n° 537).

Quant à la reproduction et à l'usage d'une enseigne nominale postérieurement à la cessation du commerce, deux raisons s'y opposent :

La première c'est que l'enseigne est une propriété transmissible à des tiers, et dont le commerçant a pu se réserver la disposition.

La seconde, c'est qu'en dehors même de toute réserve de son nom comme enseigne, il y a droit exclusif, comme simple particulier, et que si une enseigne emblématique peut, par défaut d'usage ou de réserve, tomber dans le domaine public, une enseigne nominale est naturellement inviolable, comme le nom qui en est la substance.

Il est à peine besoin de faire remarquer que le locataire d'une maison n'a aucun droit sur le nom du précédent locataire, et qu'il ne peut l'insérer dans son enseigne, avec les termes amphibologiques de « *ancienne maison un tel* »; il faut en dire autant de celui qui sans acquérir le fonds de commerce, achèterait tout ou partie du mobilier industriel ou des marchandises.

Une question s'est élevée à propos de la femme : celle-ci comme toute personne peut être adjudicataire du fonds et du nom de commerce. Si, devenue veuve elle se remarie, elle perd le droit qu'a l'épouse de prendre le nom de son premier mari : perd elle aussi le droit d'employer commercialement le nom auquel elle a droit comme cessionnaire du fonds ? Non évidemment : les deux droits ont une origine, une portée juridique, une application différentes : la perte de l'un n'entraîne pas celle de l'autre. La veuve remariée

peut donc avoir deux noms, l'un commercial, celui du premier mari; l'autre, patronymique, celui du second. (Nancy, 22 fév. 1859, Le Hir, 61. 2. 266).

C) EMPLOI DU NOM D'AUTRUI COMME DÉSIGNATION DES PRODUITS. — L'inventeur seul a le droit de donner son nom aux produits de son invention ou de sa fabrication. Quiconque usurperait ce nom pour en désigner des produits similaires, blesserait le droit d'autrui : peu importe qu'il y eût brevet d'invention ou non, que le brevet fût ou non périmé. Car si le brevet est temporaire, le nom est perpétuel, et « la propriété du nom survit à celle du produit ». La seule exception déjà signalée, se présente quand le nom de la personne est devenu dans l'usage le nom de l'objet, « sa seule désignation exclusive et nécessaire », comme dit M. PATAILLE (1860, 109); auquel cas ce nom entre dans la langue, et tombe avec elle dans le domaine public.

L'inventeur ne peut décorer ses produits du nom d'un tiers qu'avec le consentement de celui-ci. Nous possédions naguère les *allumettes Nilsson*; nous possédons encore les *plumes Humboldt*, et même l'*élixir Lamartine*! Il est à peine besoin de dire que les intéressés et leurs héritiers ont toute faculté d'interdire un pareil usage de leur nom.

D) EMPLOI DU NOM SUR LE PRODUIT COMME SIGNE DE SON ORIGINE. — C'est de la marque de fabrique qu'il s'agit, marque que nous supposons nominale; mais qui, librement choisie, pourrait comme l'enseigne, être purement emblématique.

Toute usurpation de marque, et à fortiori, de nom, entraîne obligation à des dommages-intérêts. Peu importe qu'il s'agisse de produits naturels ou fabriqués. Peu importe que le nom soit employé dans son intégrité par celui qui en est propriétaire, ou seulement en partie, résumé dans ses initiales. Peu importe enfin, lorsqu'il affecte une

forme spéciale, que cette forme ait ou non fait l'objet d'un dépôt. Dès qu'il y a concurrence, et que cette concurrence est exercée sciemment contre un producteur par un usage illicite de sa chose, l'usurpateur doit réparation. Cette solution, aussi équitable que juridique, n'est plus douteuse en jurisprudence (Cass. 5 mai 1883 : *Gaz. Trib.* 17 mai; Paris, 13 juill. 1883 : *Gaz. Trib.*, 4 oct.). — Bien plus, le seul fait de fournir sciemment des armes à une concurrence déloyale, vient d'être assimilé tout récemment à une véritable concurrence. La simple confection d'un rouleau, destiné à imprimer sur la couverture de produits contrefaits, les seules initiales d'un producteur adoptées par lui comme marque, quoique non déposées, a été jugée suffisante pour entraîner une condamnation à des dommages-intérêts (Trib. comm. Seine, 8 novemb. 1883, *Outhenin-Chalandre* contre *Everling* : *Gaz. Trib.*, 16 déc. 83).

La sanction d'une réparation pécuniaire est-elle suffisante pour protéger le commerce, maintenir l'ordre, et punir la fraude ? Les faits démontrent que non. C'est ici, en effet, que l'usurpation apparaît plus dangereuse et plus fréquente : la marque est moins apparente que l'enseigne, elle se dissimule et s'écoule avec le produit, rendant ainsi le préjudice causé fort difficile à évaluer.

Dès 1803, le scandale était si grand, les plaintes du commerce honorable si instantes, qu'une loi du 23 germinal an XI vint punir de réclusion, comme contrefacteur, quiconque insérerait dans une marque les mots « façon de », et à la suite le nom d'un fabricant.

Cette loi, trop rigoureuse en même temps qu'incomplète, fut abrogée par celle de 1824, complétée elle-même par la loi de 1857.

Résultat de l'action. — La condamnation peut avoir un triple objet :

1^o Défendre au condamné de continuer l'usurpation : le tribunal ordonne souverainement les modifications nécessaires pour empêcher la confusion de se reproduire. Nous avons vu que ces modifications peuvent aller jusqu'à la suppression du nom usurpé.

2^o Condamner l'usurpateur à des dommages-intérêts pour le préjudice causé. Tantôt le tribunal l'évalue simplement en argent ; tantôt il prononce accessoirement la confiscation des objets de nature à propager la confusion : étiquettes, bouteilles, etc. (Paris, 2 mars 1854) ; tantôt il évalue d'avance le préjudice éventuel qui peut résulter d'une infraction à la défense. Le jugement fixe conditionnellement les dommages-intérêts qui seront dûs pour chaque contravention à venir. La légalité de cette mesure est discutée. Nous l'admettons *utilitatis causa*, parce que, réduit au seul article 1382 comme texte de loi, le juge a les pouvoirs les plus larges : la légalité des mesures qu'il prescrit n'a d'autres limites que leur nécessité (Cass. 6 juin 1859, *Nadar*, Pataille. 59. 214).

3^o Prescrire des mesures de publicité destinées à dé tromper le public.

SECTION DEUXIÈME

Action pénale fondée sur la loi des 28 juillet- 4 août 1824.

Nature et objet de cette action. — La loi de 1824 fait de l'apposition du nom d'autrui sur des produits fabriqués un véritable délit, donnant lieu à des poursuites correctionnelles et à une peine.

La partie lésée a alors le choix entre deux armes :

1^o L'action civile en réparation, déjà étudiée. Nous avons

vu qu'entre commerçants, la contestation doit être portée au tribunal de commerce. M. POUILLET soutient ici la compétence du tribunal civil (n° 442), étendant au domaine de la loi de 1824, la prescription de la loi de 1857. Cette solution ne nous semble pas admissible : les domaines de ces deux lois sont distincts : si la seconde déroge à la compétence ordinaire des tribunaux commerciaux, c'est seulement pour la propriété des marques de fabrique. Les noms restent soumis à la législation ancienne (M. BÉDARRIDE, n° 797; M. RENDU, n° 460; Colmar, 1^{er} mai 1867, J. Pal. 68. 443).

2^o L'action pénale, dans laquelle elle peut présenter incidemment ses conclusions civiles.

Conditions de l'action. — Elles peuvent se ramener à trois. Qu'il y ait :

1^o *Usurpation*, ou absence droit ;

2^o *Usurpation de nom*, soit individuel, soit collectif. Jouissent de la protection légale les raisons de commerce, les qualifications génériques, comme celles de membres d'ordres religieux exerçant une fabrication, et enfin les pseudonymes.

L'emploi des simples initiales adoptées comme marques, constitue-t-il une usurpation de nom ?

La cour de Paris l'a admis (26 avril 1851), et des auteurs (M. BLANC, contrefaçon, p. 775) l'ont soutenu, s'appuyant sur ce que les initiales sont une partie du nom, et que la partie doit être inviolable comme le tout. Mais l'argument est très faible : les initiales font partie de tant de noms différents, que par elles seules elles sont dans le domaine public : aussi le producteur qui veut s'en servir, fait-il bien de leur donner une forme spéciale et de les déposer, pour être protégé par la loi de 1857. Remarquons d'ailleurs, qu'à défaut de répression pénale, la victime d'une

concurrence déloyale peut toujours en demander la cessation et la réparation (en notre sens : Cass. 12 juillet 1851, D. P. 52. 1. 60).

L'usurpation comporte-t-elle enfin une imitation identique du nom ? Non évidemment ; dès que la confusion est possible, si l'on écrit, par exemple, *Alexanèdre* pour *Alexandre* (Paris, 29 juillet 1853), *Lloyd central* pour *Lloyd français* (Seine, 7 juillet 1862), ou si l'on fait précéder le nom usurpé des mots : *système*, *façon*, *procédé* un tel (Paris, 6 février 1874), quelques détours que l'on emploie, modification, addition ou retranchement, il y a fraude, et la loi de 1824 s'applique.

Le seul cas déjà signalé où l'emploi du nom cesse d'être illicite, se présente quand le nom de l'inventeur est devenu le nom *unique* et *nécessaire* de son produit, comme *Bretelle*, *Quinquet*, etc : la langue — comme le dit très bien M. POUILLET, — s'est alors enrichie d'un mot nouveau, qui tombe avec elle dans le domaine public.

L'appréciation de ce point est une question de fait, non de droit : les tribunaux doivent d'ailleurs être très scrupuleux à admettre une pareille transformation.

Plusieurs auteurs trouvent licite qu'on emploie le nom de l'inventeur d'un produit pharmaceutique. Les produits de ce genre, disent-ils, ne peuvent être brevetés ; la formule en figure au *Codex* ; tout le monde peut les préparer. Le nom de l'inventeur, en concluent-ils, tombe avec le produit dans le domaine public. Cette conclusion ne saurait être admise : le nom n'est pas lié au produit ; le *Codex* ne le mentionne pas. Et si le législateur n'a pas cru utile d'en monopoliser la préparation, il en n'a fixé la dénomination nulle part. Cette dénomination reste d'autant mieux la propriété exclusive de l'inventeur, qu'elle est le seul moyen pour lui, de tirer commercia-

lement parti de son invention (M. BÉDARRIDE, n° 775).

3° *Usurpation par voie d'apposition sur des objets fabriqués.* — La loi de 1824 laisse donc soumise au droit commun l'usurpation par voie d'enseigne, de prospectus, etc.

Que faut-il entendre par « apposition » ?

La loi est précise : « Quiconque aura, soit apposé, soit fait apparaître, par addition, retranchement, ou par altération quelconque.... etc., » dit l'art. 1^{er}. Ainsi, que le nom adhère au produit lui-même, ou qu'il adhère seulement à l'enveloppe qui le contient, papier, boîte ou flacon, dès que le nom « *apparaît* » sur l'objet, la loi de 1824 s'applique (Paris, 27 juillet 1828, *Jean-Marie Farina*, Gaz. Trib., 28 juill. 1828, etc.).

Pour la reproduction du nom sur des enveloppes destinées à contenir les produits, *mais ne le contenant pas*, sur des bouteilles, par exemple, *quand elles sont encore vides*, elle sort des termes de la loi : il y a commencement de délit, acte préparatoire, si l'on veut, mais non délit véritable : la loi ne punit que les délits consommés (Cass. Rej. 9 juillet 1852, D. P. 52. 1.269).

Que faut-il entendre, en second lieu, par objets fabriqués ? Toutes les productions de l'activité humaine rentrent-elles dans ces termes ? Tel n'est ni le sens ordinaire des mots, ni l'esprit de la loi. Il faut en éliminer :

A) Les produits naturels bruts ; le fabricant peut bien les couvrir de sa marque nominale, mais sans se créer de droit autre que celui qui résulte de l'article 1382.

Dès que les produits naturels ont subi une modification industrielle quelconque, ils rentrent à bon droit dans la catégorie des objets fabriqués.

Cette expression de « produits naturels » est d'ailleurs assez équivoque. Faut-il entendre par là tous les produits

du sol jusqu'au temps de la perception inclusivement ? Faut-il n'y comprendre que ceux d'entre ces produits qui viennent à maturité sans le secours d'aucune industrie humaine ?

Bien que la question soit controversée, et qu'en droit civil, les mots « produits naturels » soient employés uniquement dans le premier sens, nous croyons qu'il est plus conforme à la loi de 1824 et à son esprit, d'adopter la seconde solution : où la production n'a pu se faire sans le concours de l'industrie humaine, celle des céréales par exemple, les produits ne sont plus exclusivement naturels.

Partout où l'on peut dire qu'il y a *un producteur*, le nom de ce producteur aura droit à la protection de la loi de 1824 (M. POUILLET, n° 424).

B) Les produits de l'intelligence, les œuvres artistiques ou scientifiques, à la création desquelles répugne le mot de « fabrication ».

La Cour de cassation a eu récemment à statuer sur une espèce assez délicate.

Un sculpteur dont le nom avait été apposé frauduleusement sur une œuvre dont il n'était pas l'auteur, invoquait contre l'usurpateur la loi de 1824.

Le tribunal correctionnel de la Seine (28 janv. 1879) avait fait droit à sa demande, « attendu que toute œuvre d'art susceptible d'être reproduite et exploitée industriellement, est véritablement une propriété *industrielle*. » Le jugement, confirmé en appel, le fut également par la Cour de cassation, mais pour un tout autre motif. Au lieu de regarder en général tout artiste sculpteur comme un fabricant, la Cour remarque que *dans l'espèce*, le plaignant est bien plus un industriel qu'un artiste :

« Attendu que *Mathurin Moreau* est statuaire de *profession*, qu'il a créé des *modèles* de statuettes... destinés à

» être *livrés au commerce*, que cette création constitue une » *fabrication*... etc. »

La Cour, on le voit, confirme implicitement notre solution : ce n'est pas comme artiste qu'elle protège le plaignant, c'est comme industriel. Il y a là une question d'appréciation qui peut être délicate, mais dont il est facile de saisir théoriquement la nuance (Cass. 29 nov. 1879, *Mathurin Moreau*. D. 80. 1. 400).

La généralité de cette seconde exception doit, en effet, être restreinte. On sait que les œuvres artistiques, qui par elles-mêmes, ne sont des objets ni de commerce ni d'industrie, donnent lieu à une foule d'applications industrielles et commerciales. La typographie, la gravure, la photographie viennent reproduire les originaux, et les répandre dans le commerce. Ces reproductions diverses donnent lieu à des entreprises qui, elles, méritent incontestablement le nom de « fabrications », et jouissent du bénéfice de la loi. L'usurpation du nom d'un graveur, d'un marchand d'estampes, d'un libraire, ou d'un éditeur de musique porte « sur des objets fabriqués » : la loi de 1824 leur est applicable (Paris, 10 mars 1855, *Pataille*, 55. 19).

C) Les objets d'un commerce, à l'égard non du producteur, mais du débitant qui, sans leur faire subir aucune transformation industrielle, les a simplement marqués de son nom (*contra* : M. POUILLET, n° 423). En d'autres termes, la loi de 1824 protège la marque nominale *industrielle* ; mais, par son silence, elle laisse de côté la marque *commerciale* ; celle-ci est régie par le droit commun. C'est la plus grosse lacune de notre loi : on verra plus loin quel moyen la loi de 1857 donne au commerçant pour la combler.

Telles sont les conditions d'exercice de l'action en contrefaçon de nom ; elles sont limitatives. Ainsi, « peu importe que

le fabricant dont le nom est usurpé, soit lui-même ou non dans l'usage d'apposer ce nom sur ses produits » ; peu importe qu'il ait connu et toléré plus ou moins longtemps l'usage de son nom (Paris, 7 août 1832, *Gaz. Trib.* 15 août 1832). L'usurpation n'en existe pas moins comme délit : les juges d'après les circonstances en apprécieront la gravité.

A qui appartient l'action ?

1^o Au fabricant, au producteur, et à leurs ayant-droit ;

2^o Au consommateur trompé par les apparences du nom usurpé. L'esprit de la loi, l'art. 423 du code pénal dont elle n'est que le complément, commandent de la lui accorder (Trib. corr., Seine, 5 déc. 1860, *Christophle*, Pataille, 61. 89.)

3^o Au ministère public, même d'office ; la loi ne subordonne son droit d'agir à aucune plainte de la partie lésée.

Contre qui ?

1^o Celui qui a apposé ou fait apposer le nom sur les produits. La loi présume toujours chez lui une intention frauduleuse : il n'a pu ignorer que le nom apposé n'était pas le sien ;

2^o Tout marchand, commissionnaire ou débitant, qui a *sciemment* exposé en vente ou mis en circulation les objets marqués du nom supposé ou altéré.

C'est de la complicité qu'il s'agit ici. La loi énumère-t-elle limitativement les faits de cette nature, ou n'est-elle qu'indicative ? L'imprimeur qui fabrique les étiquettes destinées à la contrefaçon, le verrier qui fournit les flacons... etc., ne rentrent sous aucune des qualifications indiquées : ne doit-on pas leur appliquer au moins les principes généraux du droit sur la complicité ? (Art. 59 et 60, Cod. pén.) La loi de 1824, en spécifiant les faits qui constituent le délit d'usurpation, a eu pour but de combler une lacune de

la loi de germinal an XI, muette sur ce point : elle a voulu étendre la sanction de la complicité à des faits autres que ceux qui ont *préparé* ou *facilité* le délit; elle n'a nullement laissé ces derniers impunis.

Cette solution n'est nullement en opposition avec celle que nous donnions plus haut en déclarant la simple confection d'enveloppe non punissable par elle-même. Il s'agit ici d'un délit consommé : nous supposons que, une véritable « apposition » ayant eu lieu, il y ait poursuite contre l'imprimeur ou le verrier, et nous déclarons cette poursuite fondée, en vertu des principes généraux de la complicité. Si, au contraire, comme nous le supposions plus bas, tout se réduisait à une fabrication d'enveloppes ou de flacons, *n'ayant encore reçu aucune affectation à des produits*, il n'y aurait là qu'un acte préparatoire du délit, non un délit punissable. La partie civile pourrait seulement réclamer des dommages-intérêts, si elle justifiait d'un préjudice (Trib. comm. Seine, 8 novembre 1883, cité *suprà*).

Mais quel que soit le lieu de fabrication des objets, quel que soit le lieu de l'apposition, dès qu'il y a débit en France, le délit tombe sous l'application de la loi française : la poursuite est possible.

3^o Celui qui a fait transiter en France les mêmes objets (Cass. 7 déc. 1854). L'art. 19 de la loi du 23 juin 1857 est venu consacrer législativement cette décision de la jurisprudence. Rien n'est plus juste : on accorde, dans l'intérêt du commerce, la dispense des droits de douane, aux marchandises qui traversent le territoire français à destination de l'étranger. Étendre cette *fiction d'exterritorialité*, pour protéger un délit commercial, ce serait tourner contre le commerce ses propres armes, et faire aboutir à son préjudice une mesure établie dans son intérêt.

Résultats de l'action. — Quant aux dommages-intérêts

à allouer à la partie civile le chiffre en est souverainement fixé par le juge du fait. Quant aux peines, ce sont celles de l'art. 423 du code pénal :

- 1^o Trois mois à un an d'emprisonnement ;
- 2^o Une amende de 50 francs au moins, et au plus, du quart des restitutions et dommages-intérêts alloués ;
- 3^o La confiscation des objets du délit.

Cette confiscation est obligatoire, en cas de condamnation, pourvu que les objets soient encore aux mains du prévenu ou que la valeur lui en soit due. M. BÉDARRIDE (n^o 796) va plus loin, il veut qu'elle ait lieu même en cas d'acquiescement, les objets étant pour ainsi dire en faute à l'insu de leur maître. Cette solution n'est-elle pas contraire au principe supérieur de droit criminel, qu'il n'y a pas de peine sans coupable, et qu'on ne confisque pas la chose d'un innocent ?

Mais qu'est-ce que l'objet du délit ? Est-ce le produit lui-même, ou bien le nom employé sur le produit ?

La question est intéressante. Tout le monde s'accorde bien à autoriser la confiscation de l'objet quand le nom fait corps avec lui, qu'il y adhère de manière à n'en pouvoir être effacé sans détérioration. Si au contraire le nom est facile à séparer, s'il est inscrit par exemple sur des flacons, sur des enveloppes, la confiscation qui en est ordonnée, peut-elle porter en même temps sur le contenu que sur le contenant ? La question se discute en doctrine.

C'est de la loi de 1857 qu'on argumente par analogie pour prononcer la confiscation totale des objets, contenant et contenu (M. POUILLET, n^o 447). La rigueur des principes est évidemment contraire à cette solution, et nous pensons avec M. GASTAMBIDE (p. 462) que les domaines des deux lois de 1824 et de 1857 sont distincts, qu'on ne peut étendre les dispositions pénales de l'une à l'autre.

Faut-il enfin attribuer au plaignant les objets confisqués? La loi de 1857 permet cette attribution au cas d'usurpation d'une marque de fabrique. On l'étend encore par analogie à l'usurpation de noms (M. BÉDARRIDE, n° 728; M. POUILLET, n° 448). Nous croyons qu'il vaut mieux s'en tenir au texte de la loi, et aux principes ordinaires : les objets confisqués, conformément à l'art 423 du code pénal, appartiennent à l'Etat (M. RENDU, n° 458; M. RUBEN DE COUDER, V° Nom industriel, n° 90).

4° L'affiche et l'insertion du jugement dans les journaux, aux frais du condamné.

SECTION TROISIÈME

Action pénale fondée sur la loi du 23 juin 1857.

C'est une marque nominale que la loi de 1824 protège; encore le fait-elle d'une manière bien imparfaite. Mais le fabricant peut apposer sur son produit tout autre signe conventionnel que son nom; bien plus, ce nom même, il peut l'apposer sous une forme distinctive et spéciale. Il peut user d'une marque *conventionnelle*, non-seulement *emblématique*, mais aussi *nominale*. C'est cette double marque que la loi de 1857 est venue réglementer, et couvrir d'une protection plus complète, plus efficace que celle dont jouissait la marque nominale *naturelle*, sous le régime de la loi de 1824.

Dans une étude où la législation des marques de fabrique n'est envisagée que par rapport au nom, un examen complet de la loi de 1857 serait déplacé.

Nous ne ferons même pas le commentaire de cette loi eu égard aux seules marques nominales. A la veille de dispositions législatives, destinées à modifier le régime des noms commerciaux, et à unifier les moyens de pro-

tection mis à leur disposition, il nous a semblé plus opportun et non moins profitable, d'entreprendre un double parallèle : suivre d'abord pas à pas les lois de 1824 et de 1857, et montrer les différences qui séparent la législation de la marque nominale *naturelle* et celle de la marque nominale *conventionnelle* (1) ; puis, après avoir signalé le défaut d'unité qui règne dans ces divers modes de protection, en montrer le remède, et indiquer la solution proposée par le projet de loi de M. BOZÉRIAN ; projet qui emprunte en les complétant, et en les adaptant au nom, la plupart des dispositions protectrices de la loi de 1857 sur les marques industrielles et commerciales.

PREMIÈRE DIFFÉRENCE. — Le nom est protégé sans condition par la loi de 1824. Pour être protégé comme marque par la loi de 1857, il doit d'abord affecter une forme distinctive, caractéristique, et ensuite être déposé.

Cette différence est très rationnelle : le nom est connu ou facile à connaître ; la forme que le commerçant lui donne peut varier à l'infini : le dépôt vient constater, légaliser la forme adoptée.

Le signe distinctif du nom peut consister dans le dessin, la grandeur, la couleur des lettres employées, dans les encadrements qui l'entourent.... etc. Le créateur de la marque est libre : il peut donc modifier, abréger son nom, en conserver les simples initiales (Cass. 1^{er} juin 1874, le *Droit*, n^o 129).

Le dépôt consiste dans la consignation de deux exemplaires de la marque adoptée, faite au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel l'intéressé est domicilié. Le détail des prescriptions relatives aux formalités

(1) Ce premier travail a été présenté en quelques pages très-substantielles, par M. LYON-CAEN, *Revue Critique*, 1878, p. 693.

et à la publicité du dépôt est contenu dans le décret du 26 juillet 1858, et dans l'instruction ministérielle insérée au *Moniteur*, le 8 septembre 1858.

« Le dépôt n'a d'effet que pour 15 années ; la propriété de la marque peut toujours être conservée pour un nouveau terme de 15 années au moyen d'un nouveau dépôt. »

Solution du projet. — M. BOZÉRIAN ne demande pas l'assimilation *actuelle* des marques de fabrique au nom commercial : il se réserve sans doute de le faire postérieurement. Cette première différence est d'ailleurs trop naturelle pour qu'on songe à la supprimer. Le projet la rappelle au contraire, et affirme hautement que « la propriété des noms et de la raison sociale est distincte de celle de la marque dont ils font partie. » (Art. 3 du projet).

Il assimile d'ailleurs aux marques et soumet à la formalité du dépôt « les noms imaginaires, les pseudonymes et les enseignes. » (Art. 5).

SECONDE DIFFÉRENCE. — L'opinion dominante, on l'a vu, accorde aux tribunaux de commerce la compétence sur une action civile en usurpation de nom intentée entre commerçants. — Deux ordres d'actions *civiles* peuvent naître de l'emploi abusif d'une marque : 1^o Une action en revendication pure et simple de la propriété de cette marque ; 2^o Une action civile en réparation du préjudice causé par l'usurpation qui en est faite, la propriété de la marque n'étant d'ailleurs nullement contestée. Dans le silence de la loi, on soumet cette dernière aux mêmes règles de compétence, que l'action en usurpation de nom ; le tribunal de commerce est compétent, comme juge de droit commun (Paris, 19 février 1859, *Groult*, Le Hir, 65. 276 ; Paris, 5 janvier 1865, *Dolfus-Mieg*, Pataille, 65. 109).

Au contraire, l'art. 16 de la loi de 1857 remet aux *tribunaux, civils* le jugement de l'action civile en revendication de la propriété des marques. Devant ces tribunaux, l'affaire est jugée sommairement.

Solution du projet. — Le projet éclaircit tous les doutes qui pouvaient s'élever sur la compétence en matière d'usurpation commerciale du nom : il la confère aux tribunaux consulaires (Art. 14).

TROISIÈME DIFFÉRENCE. — La loi de 1857 (art. 17 et 18) donne à celui qui se plaint d'une contrefaçon de sa marque, un moyen de faire constater les faits de contrefaçon avant toute poursuite. Tandis que la loi de 1824 est absolument muette sur ce point, nos articles empruntent à la loi de 1844 sur les brevets d'invention, la création d'un droit de *description* ou de *saisie* au profit des propriétaires de marques.

La description consiste dans un acte d'huissier, constatant en détail les objets du délit. La saisie met les objets sous la main de justice.

Cette double faveur s'obtient sur simple requête adressée au président du tribunal, ou au juge de paix du canton, dans les lieux où il n'y a pas de tribunal. Une ordonnance la prescrit : un expert peut être nommé pour assister l'huissier. Un cautionnement peut être exigé du saisissant. En tout cas, les objets à saisir doivent être précisés : un droit de saisie générale sans limite de temps ni de lieux, ne saurait être conféré sans abus de pouvoir, de la part du président ou du juge de paix. Ce ne serait plus user de leur droit, ce serait l'abdiquer au profit du demandeur, et au préjudice des tiers que celui-ci pourrait, à son bon plaisir, décrire et saisir en vertu de son titre exécutoire.

L'ordonnance est un acte de juridiction gracieuse, elle n'est pas susceptible d'appel. Mais le tiers saisi peut agir en

référé et obtenir une nouvelle ordonnance désormais attachable.

Pour éviter les saisies faites à la légère, la loi oblige le saisissant à se pourvoir dans les quinze jours « soit par la voie civile, soit par la voie correctionnelle ».

Passé ce délai la saisie est nulle, et peut donner lieu à des dommages-intérêts. La nullité de la saisie n'entraîne pas pour le saisissant déchéance du droit de poursuivre.

Solution du projet. — La description et la saisie des objets contrefaits est étendue de la matière des marques à celle des noms (art. 13).

QUATRIÈME DIFFÉRENCE. — La loi de 1824 est écrite autant dans l'intérêt du consommateur que dans celui du producteur : tous deux ont un recours contre l'usurpateur. Sauf en un seul cas, la loi de 1857 ne protège que le propriétaire de la marque, le consommateur trompé reste en dehors de la loi.

Le projet n'améliore que la législation du nom ; il confirme la loi de 1824, supérieure sur ce point à celle de 1857, mais n'étend pas les dispositions de la première à la seconde. Les actions, d'après l'art. 15 du projet, « pourront être exercées par tous ceux auxquels les faits poursuivis auront causé préjudice. »

CINQUIÈME DIFFÉRENCE. — La loi de 1824 ne régit point les marques purement commerciales, elle ne touche qu'aux marques de fabrique. Les unes et les autres sont garanties par la loi de 1857, qui protège également les marques purement agricoles, celles qu'on appose sur les grains, les bœufs, etc.

Solution du projet. — La différence est supprimée. Le projet protège le nom sans distinguer désormais sur quelle espèce de produits il est apposé (art. 8).

SIXIÈME DIFFÉRENCE. — Les peines prononcées par les deux lois ne sont pas les mêmes.

La loi de 1824 punit l'usurpation de nom, sous quelque forme qu'elle se présente, des peines édictées par l'art. 423 du code pénal pour les tromperies sur la nature de la marchandise, et notamment d'un emprisonnement de trois mois à un an.

La loi de 1857 range les délits d'usurpation de marques en deux groupes, suivant leur degré de gravité : délits de contrefaçon complète (art. 7), et délits d'imitation plus ou moins dissimulée (art. 8).

Les peines établies par cette loi sont : la prison, l'amende, certaines déchéances spéciales, et enfin la confiscation. Les deux premières peuvent se cumuler ou être prononcées isolément, les deux dernières sont facultatives.

La durée de la prison et le chiffre de l'amende varient suivant la nature du délit, plus forts en cas de contrefaçon, plus faibles en cas d'imitation.

Les délits prévus dans l'art 7 sont punis de trois mois à trois ans de prison, et de 50 à 3,000 fr. d'amende. Ceux de l'art. 8 le sont de un mois à un an de prison, et de 50 à 2,000 francs d'amende.

Les peines ne se cumulent pas. Quand le délinquant a à répondre de plusieurs délits *antérieurs* au premier acte de poursuite, le juge doit prononcer la peine la plus forte. Les circonstances atténuantes peuvent toujours être admises.

En cas de récidive, — et l'art. 10 entend par là le fait d'avoir été condamné dans les cinq années qui précèdent, pour un délit prévu par la loi de 1857, — la peine peut être élevée au double.

Les déchéances spéciales portent sur le droit de participer aux élections des tribunaux et chambres de commerce,

des chambres consultatives et des conseils de prudhommes. Elles peuvent être prononcées pour deux ans au maximum.

La confiscation peut porter et sur la marque et sur le produit marqué, saisi ou non saisi, et sur les instruments ayant spécialement servi à commettre le délit, (cliché, pierre lithographique, etc.). Elle peut être prononcée même au cas d'acquiescement, en dépit du privilège du propriétaire. Quant aux marques contrefaites, ce n'est pas simplement un droit pour les juges d'en ordonner la destruction, c'est un devoir.

Bien que la loi ne soit point formelle à cet égard, les objets confisqués sont généralement attribués au plaignant : c'est déjà pour lui un commencement de réparation (M. BÉDARRIDE, n° 958).

Cette réparation consiste en des dommages-intérêts, qui sont dus même au cas d'acquiescement : car la faute peut exister sans qu'il y ait délit (Epernay, 30 avril 1872, Pataille, 72. 338).

Et bien que la question se discute, il nous semble incontestable que le tribunal ait le pouvoir de fixer par lui-même à l'avance les dommages-intérêts qui seront dus pour chaque contrefaçon ultérieurement constatée : ce peut être un moyen nécessaire pour réprimer la fraude. Nous ne faisons que confirmer ici la solution donnée plus haut en matière de concurrence déloyale (Cass. 6 juin 1859, *Nadar*, Pataille, 59. 214).

Pour compléter la réparation, les tribunaux ont la faculté d'ordonner la publicité du jugement, aux frais du condamné, ce qui n'empêche nullement le gagnant d'augmenter cette publicité à ses propres frais, pourvu qu'il ne lui donne pas un caractère diffamatoire.

Cette publicité peut devenir nécessaire même au cas d'ac-

quittement : mais dans ce cas, les tribunaux doivent l'ordonner avec réserve, évitant de porter préjudice à une partie, sous prétexte de réparer le préjudice dont l'autre se plaindrait.

Solution du projet : Toute usurpation de nom est assimilée aux délits prévus par l'art. 7 de la loi de 1857, et punie des mêmes peines : emprisonnement de 3 mois à 3 ans; amende de 50 à 3,000 fr. (Art. 8 du projet). Quant aux peines accessoires, confiscations et déchéances, quant au non-cumul des peines, à leur augmentation en cas de récidive, le projet (art. 13) renvoie purement et simplement à la loi de 1857, dont il consacre les dispositions.

SEPTIÈME DIFFÉRENCE. — La loi de 1824 punit l'apposition sur le produit, la mise en vente *sciemment* faite, et le transit en France des produits.

La loi de 1857 punit :

En matière de CONTREFAÇON : 1^o Celui qui contrefait, et celui qui fait usage de la marque contrefaite. La contrefaçon doit-elle être frauduleuse? Le texte de la loi, qui exige la mauvaise foi dans les espèces suivantes, ne le requiert pas ici. D'où on en peut conclure que la copie servile de la marque indique une mauvaise foi évidente, que le législateur pose en présomption *juris et de jure* (M. RENDU, n^o 900; M. POUILLET, n^o 169, — *contra* : M. BOZÉRIAN, la Propriété industrielle, n^o 325).

2^o Celui qui appose *frauduleusement* sur des produits ou objets étrangers la marque d'autrui qu'il s'est procurée, même sans la contrefaire.

3^o Celui qui vend ou met en vente *sciemment*, des produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.

Les travaux préparatoires y ajoutent formellement *les complices par recel*.

En matière d'IMITATION : 1^o celui qui imite *frauduleusement*, ou fait frauduleusement usage d'une marque imitée.

2^o Celui qui fait usage d'une marque portant des indications *propres à tromper l'acheteur* sur la nature du produit. La loi protège ici non plus seulement le propriétaire de la marque, mais le consommateur (Cass. 5 mai 1883, D. P. 83. 1. 482). Il semble bien d'ailleurs malgré M. BÉDARRIDE (n^o 970), que les mots *propres à tromper l'acheteur* ne supposent pas la tromperie nécessairement accomplie : la tentative de délit, comme le délit lui-même est punissable.

La loi ne parle plus d'usage fait sciemment ou frauduleusement; d'où la question de savoir si la mauvaise foi est nécessaire chez l'inculpé. Les principes généraux du droit pénal s'accordent avec les travaux préparatoires pour exiger cette condition : point de délit sans intention. D'ailleurs les mots « propres à tromper » éveillent par eux-mêmes, outre l'idée d'erreur possible chez le consommateur, celle d'intention frauduleuse chez l'usurpateur (M. RENDU, n^o 209; M. POUILLET, n^o 367 — *Contrà*; : M. BÉDARRIDE, n^o 928).

3^o Celui qui vend ou met sciemment en vente les produits revêtus d'une marque ainsi prohibée.

Solution du projet. — Le projet s'inspire des dispositions de la loi de 1857; il les complète, et dissipe les équivoques qui naissent de ses termes.

La *fraude* y est la condition à la fois *nécessaire et suffisante* de toute poursuite pour usurpation. Cette condition remplie, tout usurpateur est punissable, celui qui contrefait ou imite le nom commercial ou la raison de commerce, celui qui en fait un usage frauduleux, spécialement celui qui l'appose ou le fait apparaître sur des produits quelconques, celui enfin qui le vend ou le met en vente (art. 8).

Toute personne victime du délit, consommateur, débiteur ou producteur, a le droit de poursuivre l'usurpateur.

Toute contrefaçon, toute tentative de contrefaçon tombe

sous l'application de la loi, solution aussi équitable qu'absolue : le droit se trouve enfin complètement protégé. Le législateur comprend que l'intérêt du commerce n'est pas de mettre des entraves au droit de poursuite des parties lésées, mais d'attaquer directement le préjudice dans ceux qui en sont les auteurs.

HUITIÈME DIFFÉRENCE. — La protection de la loi de 1824 est accordée au Français, qu'il habite, qu'il produise en France ou à l'étranger. La loi de 1857 ne protège que le Français établi en France.

Elle assimile le Français établi en pays étranger à l'étranger de ce pays : et nous verrons qu'après avoir appliqué à celui-ci la réciprocité diplomatique conformément à l'art. 11 du code civil, on lui applique aujourd'hui la réciprocité législative (loi du 30 nov. 1873).

Solution du projet. — Ici le projet est plus large que l'une et l'autre loi. Il s'inspire d'une pensée plus haute, celle de la solidarité internationale.

Plus de distinctions reposant sur la nationalité des parties, sur leur domicile, ou leur lieu de production : égalité parfaite de toutes les propriétés devant la loi française. Voici la formule du projet :

« Les droits résultant de la propriété du nom commercial
» *sont les mêmes pour les étrangers que pour les Français.* »

Il ne peut donc plus être question, quant à la protection du nom des Français, du lieu où ils ont leur établissement industriel ou commercial. Toujours ils auront la protection de la nouvelle loi.

De toutes ces différences, comme le fait observer M. LYON-CAEN, la première seule est rationnelle : toutes les autres demanderaient à disparaître et à se fondre dans une législation unique. Un congrès réuni à Paris, en 1878, a émis le vœu que « *sous tous les rapports, autres que celui du dépôt, le nom soit assimilé aux marques.* »

Le projet de M. BOZÉRIAN emprunte aux lois antérieures et spécialement à la loi de 1857, les dispositions protectrices de la propriété du nom. Il élargit en même temps cette protection : aussi rejette-t-il certaines dispositions de la loi sur les marques de fabrique. Le nom commercial, y devient pour tous, sans condition et dans tous les cas, une propriété effective.

Quand ce projet sera voté, — et il est à souhaiter qu'il le soit prochainement et dans son intégrité, — il formera le type des lois sur la propriété industrielle. Pour unifier toutes les lois qui régissent cette matière, notamment celles qui concernent les marques de fabrique, il suffira d'ériger en principes les *desiderata* du congrès de Paris, et d'étendre des noms aux marques, les dispositions de la loi nouvelle.

APPENDICE I.

De l'introduction en France d'objets revêtus d'un nom ou d'une marque contrefaite.

L'art. 19 de la loi de 1857 est écrit dans le but de protéger la fabrication française. S'il était permis d'introduire ou même de laisser transiter en France des produits revêtus de marques usurpées, le producteur subirait un préjudice, que la loi française a le pouvoir comme le devoir de ne pas laisser s'accomplir. L'introduction et le transit de pareils produits sur le sol français sont donc prohibés.

Observons que l'art. 19 a une portée plus générale que l'ensemble de la loi : il ne protège plus seulement

le nom *déposé et affectant une forme spéciale*, c'est-à-dire la marque de fabrique proprement dite, mais aussi le nom inscrit sur les produits, celui que garantit uniquement la loi de 1824.

Ecrit en outre pour protéger la fabrication française, l'art. 19 ne s'occupe pas de la nationalité du fabricant. Pourvu que celui-ci produise en France, peu importe qu'il soit étranger ou français : il a droit à la protection de notre article.

Je dois ajouter que la protection organisée au profit du commerçant établi en France ne saurait être retournée contre lui : s'il lui plaît de faire apposer son nom sur des produits fabriqués à l'étranger, il est libre. Le ministère public ne serait pas admis, sous prétexte de protéger le *travail national*, à lui contester son droit (Paris, 6 novembre 1863, Pataille, 63. 353).

Pour rendre cette protection efficace, l'article 19 organise une saisie de douane qui peut être opérée soit par les soins du fabricant, soit à la requête du ministère public; les agents de la douane qui l'exercent, en dressent procès-verbal.

Cette saisie n'est que le préliminaire d'une action que la partie privée ou le ministère public doit intenter à peine de nullité; mais le délai pour l'introduire au lieu d'être de quinze jours, comme dans le cas où l'usurpation s'est uniquement commise en France, est porté en cas de saisie en douane, à deux mois.

La confiscation peut être prononcée au profit du plaignant, et les marques saisies sont détruites en présence du receveur des douanes.

Mais l'introducteur est-il punissable conformément aux lois de 1824 ou de 1857 ?

Non, dit M. BÉDARRIDE (n° 994) : d'une part la loi française n'atteint pas le délit commis à l'étranger, de l'autre, la loi de 1857, à la différence de celle de 1824, n'établit aucune peine contre l'introducteur.

La solution de l'éminent magistrat serait irréprochable si, en réalité, le fait de l'introduction ne constituait déjà par lui-même un *usage* de la marque, et ne rentrait comme tel sous la sanction de la loi (M. POUILLET, n° 325). Il faut reconnaître que l'introducteur, quand il agit en connaissance de cause, est ou bien complice du contrefacteur, ou bien contrefacteur lui-même. Sa mauvaise foi établie, quelque prétexte qu'il invoque, il ne saurait échapper à la responsabilité qui lui incombe, et à la répression prononcée par nos lois contre les usurpateurs.

APPENDICE II.

Droits des étrangers en matière de nom industriel et commercial.

L'étranger est propriétaire de son nom : c'est une vérité qui peut sembler banale, mais qu'il n'est pas inutile de rappeler.

L'étranger a droit à son nom, comme il a droit à son état-civil, que le nom résume : l'un et l'autre suivent son statut personnel. Le droit de l'étranger est ici celui du français, un *jus utendi* aussi large que possible, si large même qu'on l'appelle une « *propriété* » ; mais nul n'a sur ce nom le droit caractéristique du propriétaire, le *jus abutendi*.

Cette idée va nous servir à résoudre les questions très controversées qui s'élèvent sur la protection des noms commerciaux en droit international.

Maître de son nom, l'étranger peut en tirer tout le parti possible, soit par lui-même, soit par un cessionnaire : il peut le mettre sur son enseigne, en marquer ses produits. Mais la loi française qui reconnaît le principe de cette propriété, la met-elle sur le même pied que celle du français, lui accorde-t-elle même protection ?

Il faut supposer ici un étranger non autorisé à fixer son domicile en France, et ne pouvant invoquer le bénéfice de traités réciproques intervenus entre la France et son pays.

La protection de l'art. 1382 semble bien tout d'abord lui appartenir : n'est-ce pas un principe supérieur, un principe de droit universel que tout dommage causé à autrui donne lieu à réparation ?

La concurrence déloyale engendre une obligation de réparer : qu'importe que l'obligation soit née d'un contrat ou d'un délit ? refuser à l'étranger le droit de demander réparation, c'est lui refuser le droit d'être créancier, ni plus ni moins (Pataille, 1857. 362).

Pourtant cette théorie ne prévaut pas : beaucoup d'auteurs, dont nous ne saurions trop critiquer l'avis, parce qu'il contient une dérogation aux principes de la justice et de la raison, et qu'il ne s'appuie sur aucun argument positif, persistent à étendre à la concurrence déloyale, les dispositions des lois de 1857 et de 1873.

La loi de 1824 ne parlait pas des étrangers : fallait-il leur refuser l'action correctionnelle qu'organise cette loi ? La Cour de cassation l'avait toujours décidé même à l'égard des étrangers établis en France (14 août 1844 ; 12 avril 1854). Sa thèse, il est vrai, était bien faible : elle recon-

naissait que l'étranger est propriétaire de son nom ; mais il n'aurait eu droit à protection, que « quand l'usurpation du nom a lieu en vue d'opérer une confusion dans les personnes ou les familles, » nullement en matière commerciale : la loi de 1824, disait-elle, « n'a eu en vue que de protéger le commerce national ».

Cette distinction entre la propriété civile et la propriété commerciale du nom était toute arbitraire : le nom est-il oui ou non, une propriété ? Voilà la question ; si oui, il a droit à protection : d'autant plus que, soumis par l'art. 3 du code civil aux lois de police et de sûreté, l'étranger a évidemment droit lui-même à être protégé, et à réclamer réparation des délits dont il est victime. Enfin l'usurpation d'un nom étranger commise en France, contient au moins les éléments du délit de tromperie sur la nature de la chose vendue : dès lors le ministère public a le droit d'actionner l'usurpateur (Seine, 28 juin 1853). Pourquoi refuser ce droit à la victime même du délit ? (M. POUILLET, n° 451).

La jurisprudence anglaise ne suivait pas cette erreur qui pouvait donner lieu à de fâcheuses représailles :

« Tous les sujets d'un même pays, — dit le vice-chancelier Wood, — *sans peut-être en excepter même les sujets d'un pays ennemi*, ont droit de s'adresser aux Cours du pays pour faire arrêter à sa source le préjudice frauduleux causé à leur propriété. » (Cour de la chancellerie, arrêt du 11 juin 1857).

Tel a été constamment l'avis de la jurisprudence belge. La Cour de cassation belge (26 décembre 1876), place le droit de l'étranger d'abord dans l'art. 128 de la Constitution, qui protège la propriété de tous sans distinction de nationalité, ensuite dans l'intérêt public, qui n'est pas moins atteint par une contrefaçon exercée contre un étranger que contre un

belge (V. également cour de Bruxelles, 4 fév. 1880, Pataille, 81, 106).

Telle est également la solution admise par la jurisprudence italienne (Cour d'appel de Milan, 16 mai 1881) : « L'usurpation du nom d'une personne, — dit un des plus » éminents jurisconsultes de ce pays, M. PASCALE FIORE (1), » — doit être considérée comme un attentat punissable » de par le droit des gens. »

Telle est enfin la solution, que nous avons déjà rapportée, du projet de M. BOZÉRIAN, concernant le nom commercial.

Nous allons voir que la question est actuellement tranchée.

La loi de 1857 s'occupe dans deux articles, des marques étrangères. La protection internationale des marques repose sur une distinction bien simple :

Tout établissement situé en France, que le propriétaire en soit étranger ou français, a ses marques protégées par la loi française.

Tout établissement situé à l'étranger, que le propriétaire en soit français ou étranger, n'a ses marques protégées par la loi française qu'en vertu d'un traité diplomatique établissant la réciprocité pour les marques françaises.

Dans ce dernier cas, la marque doit être déposée en France au greffe du tribunal de commerce de la Seine.

Quand, à défaut de traité, la marque étrangère reste sans protection, l'étranger ne peut-il pas demander au moins une réparation civile basée sur l'art. 1382? La solution affirmative que nous avons donnée plus haut est générale; et nous ne voyons pas par quel motif on peut lui refuser cette réparation. Cette idée nous sert à résoudre une grave

(1) *De la protection du nom commercial d'après le droit international positif* (Journal de droit international privé, janvier 1883).

controverse : la marque non protégée tombe-t-elle *de plano* dans le domaine public ?

Si oui : non seulement l'étranger perd tout droit de revendication *actuel*, mais qu'un traité survienne postérieurement, le propriétaire de la marque ne peut plus la déposer et en revendiquer le monopole ; il a perdu définitivement tout droit.

La Cour de cassation a toujours jugé en ce sens. Tout récemment encore (13 fév. 1879, *Bessel et fils c. Seltinghaus*, Pataille, 80. 113), elle appliquésa théorie aux marques nominales, en décidant que le « nom accompagné d'emblèmes et de mentions auxquels il s'incorpore et avec lesquels il se confond, n'est plus, à la différence d'un nom isolé, que l'un des éléments constitutifs dont la marque se compose. » Accessoire de la marque, le nom la suit dans sa déchéance, il tombe avec elle dans le domaine public.

Cette théorie, vivement combattue par M. le procureur général BERTHAUD (ibid), n'a point non plus les suffrages de la doctrine (MM. BÉDARRIDE et PATAILLE, (Pat. 64 208 à 218), M. POUILLET, (n° 337) ; nous nous rangeons derrière ces autorités. Il nous est impossible d'admettre que la chose la plus inaliénable et la imprescriptible qui soit au monde, que le nom se perde par le seul fait qu'il est employé comme marque d'un produit. Si l'on refuse à l'étranger le bénéfice des lois répressives de 1824 et 1857, il faut au moins lui reconnaître le bénéfice du droit de propriété. Admettre que le nom tombe dans le domaine public, c'est consacrer non-seulement l'impunité, *mais la propriété* de ceux qui usurpent les marques étrangères.

A notre avis, loin de subir la déchéance de la marque, le nom, par son imprescriptibilité, conserve la propriété de la marque, non actuellement comme marque, mais pour l'avenir, du jour où l'étranger pourra invoquer le bénéfice de la loi de 1857. La propriété alors s'en *consolidera*. La marque pourra être déposée et jouira de la protection complète de la loi.

Une loi du 26 novembre 1873, relative au poinçonnage des marques, est venue trancher la controverse qui régnait au sujet de la loi de 1824, et modifier les règles établies par la loi de 1857. D'après l'article 9 de cette loi, toutes dispositions relatives au nom commercial et aux marques de fabriques « seront appliquées au profit des étrangers, si, dans leur pays, *la législation* ou des traités internationaux assurent aux Français les mêmes garanties. »

Ce n'est donc plus seulement la réciprocité *diplomatique*, mais la réciprocité *législative* que le législateur de 1873 applique aux étrangers propriétaires de marques ; et cette double réciprocité est étendue de la matière des marques à celle des noms.

CONCLUSION

Nous avons essayé, en groupant les questions d'ordres si divers qui naissent à l'occasion du nom, d'en dégager la notion juridique.

Soit qu'on le considère dans ses origines et dans son développement historique, soit qu'on en étudie la réglementation actuelle, soit qu'on en parcoure les diverses applications pratiques, cette notion nous a paru suffire à la solution des problèmes que le nom suscite.

Sortie des institutions féodales, la dénomination par nom et prénoms s'est elle-même ressentie des complications que subirent ces institutions : de là les anomalies concernant le nom féodal et les titres nobiliaires.

Le nom, comme les institutions d'où il dérive, ressentit le contre-coup des événements révolutionnaires. Au contact des principes modernes, il se simplifia.

Ses caractères essentiels peuvent aujourd'hui se résumer ainsi :

Envisagé *dans sa forme*, le nom constitue la désignation héréditaire des familles. Il y a là un fait que le législateur a été forcé d'accepter. Par cela même qu'il affirmait l'hérédité du nom, il reconnaissait que la forme lui en échappe. Elle est *en droit actuel*, ce qu'elle était *dans l'ancien droit*. Toute la préoccupation du législateur a été de constater quelle est aujourd'hui cette forme, et

de régler, — bien imparfaitement du reste, — les moyens de reconnaître quelle elle était autrefois.

Envisagé *dans sa fonction juridique*, le nom est maintenant la désignation légale de l'individu. Ici le législateur moderne est intervenu, modifiant quelquefois, consacrant le plus souvent les faits accomplis.

Le nom est exclusivement attaché à la filiation ; il en est le signe ; il forme le lien verbal entre l'individu et la famille. Ainsi donc plus de noms féodaux : les anciens noms de ce genre ne sont plus que des dépendances du nom patronymique ; ils ne s'acquièrent, ni ne se transmettent plus sans lui, ni autrement que lui.

Le nom, signe de la filiation, devient le résumé de l'état-civil. Il participe comme tel à la réglementation générale de l'état des individus : personnalité des statuts, inaliénabilité, imprescriptibilité, lois d'ordre public. Un tempérament pourtant existe : le nom peut être modifié en cas de nécessité, par l'effet d'une autorisation gouvernementale.

L'état des personnes, bien que n'étant pas soumis à leur libre disposition, peut être pour eux la source d'avantages, de bénéfices importants. Le nom, portion de leur état-civil, réunit également ce caractère obligatoire et cet effet avantageux.

De là ses applications dans la vie civile dans le commerce, dans l'industrie : applications que la loi reconnaît, protège même, non seulement de la protection accordée aux intérêts privés, mais d'une sanction pénale.

La législation des noms traverse actuellement une période de transition. Diverses lois s'élaborent dans le but de l'améliorer et de la compléter en la simplifiant.

Par sa forme, disions-nous, le nom tient au passé. Le législateur ne peut se soustraire complètement aux faits accomplis et à l'histoire.

Faudrait-il supprimer *législativement* les titres et les noms dits nobiliaires ? On l'essaierait pour les premiers, qu'on n'y réussirait point pour les seconds. Le décret de fructidor n'a pu les atteindre : une nouvelle loi serait-elle plus heureuse ? A moins de bouleverser le domaine des noms, d'imposer aux individus une étiquette nouvelle, de réduire le nom à un simple numéro d'ordre, ce qui serait tout au moins ridicule, on n'obtiendrait aucun résultat.

Faudrait-il les réglementer, en ordonner une vérification, un recensement définitif ? On s'y refuse pour deux motifs. On craint d'abord de donner une consécration trop solennelle aux dénominations ainsi reconnues, et de rétablir, même sur le papier, des distinctions sociales en opposition avec les idées modernes. On craint ensuite de consacrer des droits douteux. Je pourrais ajouter que cette consécration, — prétendue définitive, — ne le serait guère plus que toute loi humaine. Le législateur de demain pourrait très bien défaire l'œuvre du législateur de la veille.

Faut-il enfin laisser prévaloir le système de la liberté absolue ? On le propose pour les titres. En ce qui touche les noms, l'exemple de 1793 doit suffire. Je doute qu'on y revienne.

Nous avons été forcés de reconnaître que le projet de loi déposé à la Chambre, en supprimant l'article 259 du code pénal, ne supprimera en fait aucune des difficultés *de preuve* auxquelles donne lieu la législation actuelle des noms. Il est des nécessités contre lesquelles les lois sont impuissantes, qu'il faut subir, en comptant pour les faire disparaître sur l'œuvre toute puissante du temps.

Par sa *fonction juridique*, le nom ne relève que de l'avenir. Ici le législateur a les coudées franches. Il a réglé minutieusement la collation⁹, la conservation matérielle, le changement des noms. Quant à ses applications pratiques, il semble qu'après avoir tâtonné trois quarts de siècle, nous soyons à la veille de sortir des lois d'expédient.

C'est aux progrès de la science économique, c'est aux liens de solidarité internationale qui s'affirment de plus en plus, c'est enfin aux besoins chaque jour plus pressants et aux réclamations de la pratique, que nous sommes redevables du mouvement actuel, mouvement qui aboutira tôt ou tard à une réforme générale des lois sur la propriété industrielle, et spécialement à une réglementation complète, à une protection absolue et efficace *du nom* en matière industrielle et commerciale.

TABLE

	Pages
Historique.	5
PREMIÈRE PARTIE. — Le nom : son acquisition, sa preuve.	23
CHAPITRE I. — DES DIFFÉRENTS NOMS ET DE LEUR MODE NORMAL D'ACQUISITION.	23
§ 1. — <i>Dénominations reconnues par la loi française ;</i>	
§ 2. — <i>Acquisition du nom patronymique ;</i>	
§ 3. — <i>Acquisition des prénoms.</i>	
APPENDICE. — Enfants nés de père et mère inconnus : enfants trouvés.	
CHAPITRE II. — DE LA RECHERCHE ET DE LA PREUVE DES NOMS.	32
§ 1. — <i>Premier élément de preuve : la filiation ;</i>	
§ 2. — <i>Deuxième élément de preuve : le nom de la famille. — État-civil. — État légal.</i>	
CHAPITRE III. — DES RECTIFICATIONS DE NOMS. . . .	49
<i>But et utilité. — Dans quel cas la rectification est possible. — Qui peut la demander. — Procédure. — Jugement et appel. — Exécution. — Effet de la chose jugée en matière de rectification de noms.</i>	

	PAGES
CHAPITRE IV. — DES CHANGEMENTS OU ADDITIONS DE NOMS	60
§ 1. — <i>De qui émane l'autorisation ;</i>	
§ 2. — <i>Dans quel cas l'autorisation est exigée ;</i>	
§ 3. — <i>Procédure.</i> — Demande. — Oppositions.	
§ 4. — <i>Effets de l'autorisation devenue définitive.</i>	
DEUXIÈME PARTIE. — Le nom : sa notion juridique, ses applications.	83
CHAPITRE I. — EFFETS DU NOM EN MATIÈRE CIVILE.	88
§ 1. — <i>De la cession civile des noms ;</i>	
§ 2. — <i>De l'usurpation civile des noms.</i>	
CHAPITRE II. — EFFETS DU NOM EN MATIÈRE COM- MERCIALE ET INDUSTRIELLE.	96
§ 1. — <i>Du nom considéré comme instrument de commerce ; des cessions de noms ;</i>	
§ 2. — <i>De l'usurpation commerciale ou industrielle du nom :</i>	
A) Action civile générale en usurpation de nom, fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil.	107
B) Action pénale fondée sur la loi des 28 juillet-4 août 1824.	115
C) Action pénale fondée sur la loi du 23 juin 1857.	121
APPENDICE I. — De l'introduction en France d'objets revêtus de marques nominales contrefaites.	
APPENDICE II. — Droits des étrangers en matière de nom industriel et commercial.	
Conclusion.	142

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — L'*infantia*, en droit classique, dure jusqu'à l'âge de sept ans.

II. — La fidéjussion contractée *in duriores causam* est nulle pour le tout.

III. — Abstraction faite de la nature de l'acte translatif employé, la propriété ne peut, dans l'ancien droit romain, être transférée sous condition résolutoire. La solution contraire, proposée dès l'époque classique, n'est plus douteuse sous Justinien.

IV. — Si, dans un contrat de société, la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes n'a pas été expressément fixée, le partage s'en fait par parts égales.

V. — Dès l'époque classique, le pupille qui contracte seul, étant sorti de l'*infantia*, est tenu d'une obligation naturelle.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. — L'art. 299 ne s'applique pas à la séparation de corps. L'époux contre lequel la séparation a été prononcée conserve tous les avantages que lui a faits son conjoint, soit

par contrat de mariage, sauf révocation pour ingratitude, soit même pendant le mariage s'il n'y a eu révocation expresse.

II. — L'art. 600 doit s'interpréter en ce sens que l'usufruitier, bien qu'il ait droit aux fruits du jour où l'usufruit commence, ne peut pas en prendre possession, ni en exiger délivrance avant d'avoir satisfait à l'obligation de dresser inventaire des meubles et état des immeubles.

III. — La révocation d'un testament peut se faire par un acte sous seing privé, écrit en entier, daté et signé par le testateur.

IV. — Un testament n'est pas révoqué par un testament public postérieur, quand celui-ci, nul pour vice de formes, réunit cependant les conditions nécessaires pour valoir comme acte public.

V. — La séparation de biens résultant accessoirement d'un jugement de séparation de corps ne rétroagit pas au jour de la demande.

VI. — La prescription opposée par un débiteur à son créancier, le laisse néanmoins tenu d'une obligation naturelle, dont l'exécution postérieure constitue un véritable paiement.

DROIT CRIMINEL

I. — La poursuite criminelle d'un fait ayant abouti à un acquittement, ce fait ne peut, sous une qualification nouvelle, donner lieu à une seconde poursuite.

II. — En cas d'adultère de la femme, si le mari a porté plainte contre celle-ci, non contre le complice, le ministère public peut néanmoins poursuivre ce dernier d'office.

III. — La poursuite en adultère intentée par le mari n'est pas éteinte par son décès.

DROIT PUBLIC

I. — Le ministre a une juridiction contentieuse.

II. — Le ministre est juge ordinaire et de droit commun du contentieux administratif, au premier degré de juridiction.

III. — Les édifices appartenant à l'Etat, aux départements et aux communes, et affectés à un service public, ne sont pas en principe du domaine public, mais du domaine privé de ces personnes morales.

vu par le Doyen, Vu par le Président de la thèse,

CH. BEUDANT.

G. BUFNOIR.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris,*

GRÉARD.

